

**GRUNDPROBLEME
DES ARBEITSRECHTLICHEN
SONDERURLAUBS**

von
Rudolf Spies
aus Amberg



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546212_0047

GRUNDPROBLEME DES ARBEITSRECHTLICHEN SONDERURLAUBS

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg



vorgelegt von
Rudolf Spies
aus Amberg

Referent: Professor Dr. Wolfgang Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 29.02.1980



Meinen Eltern



Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. K a p i t e l	1
Der Gegenstand der Untersuchung	
I. Der Begriff Sonderurlaub	1
II. Abgrenzung des Sonderurlaubs von anderen Fällen der Befreiung von der Arbeitspflicht	5
1. Wegfall der Arbeitspflicht ohne die Not- wendigkeit einer Freistellung durch den Arbeitgeber	5
2. Freistellung aus betrieblichem oder Ar- beitgeber-Interesse	6
a) die Werksbeurlaubung	7
b) die Suspendierung	7
3. Der Bildungsurlaub	8
III. Normativ geregelte Freistellungsansprüche	10
1. Bundesrechtliche Regelungen	10
2. Landesrechtliche Regelungen	13
3. Kollektive Regelungen	13

	Seite
2. K a p i t e l	15
Der Rechtsanspruch auf Sonderurlaub	
A. Meinungsstand	15
I. Rechtsprechung	15
II. Literatur	16
B. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Anspruchs- grundlage	18
I. Allgemeines	19
II. Der Anwendungsbereich der Fürsorgepflicht	24
1. Begrenzung des Anwendungsbereiches aus der Entstehungsgeschichte und der Grundidee der Fürsorgepflicht	24
2. Die Grundidee der Fürsorgepflicht	25
C. Die Anwendung der Fürsorgepflicht im Einzelfall	26
I. Orientierung der Anwendungsvoraussetzungen an der Grundidee	26
II. Die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen	27
1. die objektiven Voraussetzungen	27

III.

	Seite
a) Die Fürsorgepflicht als Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses	27
b) Grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zu einem bestimmten Verhalten	28
aa) Begehren des Arbeitnehmers in unmittelbarer Beziehung zum Arbeitsverhältnis	28
bb) Bedürfnis des Arbeitnehmers	28
cc) Unvermögen des Arbeitnehmers zur Selbstfürsorge	29
dd) Verantwortlichkeit des Arbeitgebers auf Grund seiner Organisationsgewalt	30
2. Die Zumutbarkeit als subjektive Voraussetzung	31
D. Die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage für Sonderurlaub	33
I. Sonderurlaub in unmittelbarer Beziehung zum Arbeitsverhältnis	33
II. Sonderurlaub als notwendiges Bedürfnis	34
1. Gefährdetes Interesse in der Regel im Bereich des Persönlichkeitsrechts	34
2. Drohender Nachteil materiell oder ideell schwerwiegend	34

	Seite
3. Ausweitung des Schutzbereiches auf nahe Angehörige	36
4. Verpflichtung zur Selbstfürsorge	36
III. s. Beispiele	42
E. Lohnfortzahlung während des Sonderurlaubs	44
F. Zusammenfassung und Ergebnis	46

	Seite
3. K a p i t e l	48
Die Verwirklichung des Anspruches auf Sonderurlaub	
I. Erfordernis von Antragstellung und Freistellungs- erklärung	48
II. Antrag des Arbeitnehmers	48
1. Notwendiger Inhalt des Antrags	48
2. Ausnahme vom Erfordernis der Antragstellung	49
III. Freistellung durch den Arbeitgeber	51
1. Fälligkeit und Erfüllung des Freistellungs- anspruches	51
2. Ende des Sonderurlaubs	53
IV. Versagung der Freistellung	55
1. Begründungspflicht bei Versagung des Sonder- urlaubs	55
2. Kein Recht zur Selbstbeurlaubung	56
V. Möglichkeiten der gerichtlichen Durchsetzung	58
1. Leistungsklage als zulässige Klageart	58
2. Feststellungsklage	59
3. Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung	60

	Seite
VI. Rechtsfolgen bei eigenmächtigem Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit	64
VII. Rechtsfolgen bei ungerechtfertigter Versagung des Sonderurlaubs	67
VIII. Zusammenfassung und Ergebnis	70

	Seite
4. K a p i t e l	72
Rechte und Pflichten während des Sonderurlaubs	
A. Auswirkungen des Sonderurlaubs auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses und die Dauer der Betriebs- zugehörigkeit	72
I. Auswirkungen auf den Bestand des Arbeitsver- hältnisses	73
II. Auswirkungen auf die Dauer der Betriebszuge- hörigkeit	74
1. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit als Vo- raussetzung für Ansprüche der Arbeitnehmer	75
2. Meinungsstand zum Einfluß von Arbeitsunter- brechungen auf die Betriebszugehörigkeit	76
3. Lösungsversuch	78
4. Auswirkungen des Sonderurlaubs auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit	82
B. Sonderurlaub und Anwesenheitsprämie	84
I. Begriff der Anwesenheitsprämie und ihre Ent- stehungsgeschichte	84
II. Die Behandlung der Anwesenheitsprämie in der Rechtsprechung des BAG	85

III. Stellungnahme	87
1. Beschränkung der Vertragsfreiheit durch den sozialen Schutzzweck des Arbeitsrechts	87
2. Die Anwesenheitsprämie als Arbeitsentgelt	88
IV. Auswirkungen eines Sonderurlaubs auf den Prä- mienanspruch	91
1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Lite- ratur	91
2. Stellungnahme und Lösungsversuch	92
V. Zusammenfassung und Ergebnis	95
C. Sonderurlaub und Krankheit	96
I. Krankheit während eines Sonderurlaubs mit Lohnanspruch	96
1. Die Regelung nach dem Lohnfortzahlungsgesetz	96
2. Zusammentreffen von Sonderurlaub und Krankheit	97
3. Lösungsversuch	99
II. Krankheit bei Sonderurlaub ohne Lohnanspruch	100
1. Erkrankung während eines Sonderurlaubs, der auf Grund eines aus der Fürsorgepflicht des	

	Seite
Arbeitgebers abgeleiteten Rechtsanspruchs gewährt wurde	101
2. Erkrankung während eines zwischen den Ar- beitsvertragsparteien vertraglich verein- barten Sonderurlaubs	103
III. Erkrankung während eines Sonderurlaubs, der im Zusammenhang mit dem Erholungsurlaub gewährt wurde	108
1. Die Behandlung des Problems in Rechtspre- chung und Literatur	108
2. Stellungnahme und Lösungsversuch	111
IV. Auswirkungen auf Krankengeldansprüche	124
V. Zusammenfassung und Ergebnis	125

	Seite
5. K a p i t e l	127
Sonderurlaub und Mitbestimmung des Betriebsrates	
A. Allgemeines	127
B. Sonderurlaub als soziale Angelegenheit gemäß § 87 BetrVG	129
I. Der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Ziff. 5 BetrVG	129
II. Der auf Grund eines Rechtsanspruchs gewährte Sonderurlaub	131
III. Der vertraglich vereinbarte Sonderurlaub	132
1. Sonderurlaub als Kollektiv- oder Indivi- dualmaßnahme	132
2. Mitbestimmung bei der Frage, ob dem Ar- beitnehmer ein Sonderurlaub gewährt wer- den soll	135
3. Mitbestimmung bei der Festlegung der Dauer des Sonderurlaubs	139
4. Mitbestimmung bei der Festlegung der zeit- lichen Lage des Sonderurlaubs	140

	Seite
C. Sonderurlaub als personelle Angelegenheit gemäß §§ 95, 99 BetrVG	143
I. Mitbestimmung nach § 99 BetrVG	143
II. Mitbestimmung bei der Aufstellung von Richt- linien gemäß § 95 BetrVG	145
D. Zusammenfassung und Ergebnis	145

L I T E R A T U R V E R E I C H N I S S

- | | |
|---------------------|--|
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 35. Auflage,
München 1977 |
| Baumert Georg | Anmerkung zum Urteil des BAG vom
3.10.1972 = AP Nr. 4 zu § 9 BUrlG |
| Becher | Lohnfortzahlungsgesetz, Bonn 1971 |
| Beuthien Volker | Anmerkung zum Urteil des BAG vom
29.1.1971 in SAE 1972, 31 |
| Blomeyer Wolfgang | Anmerkung zum Beschluß des BAG vom
18.6.1974 in SAE 1976, 9 |
| Boldt-Röhsler | Bundesurlaubsgesetz, 2. Auflage
1968 |
| Bobrowski-Gaul | Das Arbeitsrecht im Betrieb, 6.
Auflage, Heidelberg 1970 |
| Borrmann Karl | Kommentar zum BUrlG, Heidelberg
1963 |
| Brecht Hans-Theo | Kommentar zum BetrVG, Herne-Berlin
1972 |
| Brox Hans | Grundbegriffe des Arbeitsrechts,
4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln,
Mainz 1974 |
| Clasen Lothar | Zum tariflichen Urlaubsrecht und
zu den Regelungen über die kurz-
zeitige Freistellung von der Arbeit
in Tarifverträgen, DB 1974, 27 f. |

XIII.

Delheid-Schreven	Die Anwesenheitsprämie, RdA 1970, 10
Dersch Hermann	Urlaubsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954
Dersch-Neumann	Kommentar zum BUrlG, 5. Auflage, München 1977
Dietz Rolf	Kommentar zum BetrVG, 4. Auflage, München und Berlin 1967
Dietz-Richardi	Kommentar zum BetrVG, 5. Auflage, München 1973
Doetsch-Schnabel-Paulsdorff	Kommentar zum LFZG, 3. Auflage, Bergisch-Gladbach 1972
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Tübingen 1951
Erdmann-Jüring-Kammann	Kommentar zum BetrVG, Neuwied und Berlin 1972
Ermann	Handkommentar zum BGB, 5. Auflage, Münster 1972
Fabrizius-Kraft-Thiele-Wiese	Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar
Farthmann Friedhelm	Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 1974, 65 ff
Fenn-Beppler	Die Problematik der Anwesenheitsprämie - Abschied oder tarifvertragliche Renaissance? RdA 1973, 218 ff

Fitting-Auffarth-Kaiser	Handkommentar zum BetrVG, 11. Auflage, München 1974
Galperin-Siebert	Kommentar zum BetrVG, 4. Auflage, Heidelberg 1963
Gaul-Boewer	Probleme des Urlaubsrechts, Schriftenreihe Arbeitsrecht Bd. 2, Köln 1966
Gester-Isenhardt	Das Initiativrecht des Betriebsrats zur Regelung materieller Arbeitsbedingungen, RdA 1974, 80 ff
Gierke v. Otto	Die Wurzel des Dienstvertrages, Berliner Festschrift für Heinrich Brunner, 1914
Gros	Urlaub, AR-Blattei, D-Blatt, Urlaub III
Hahlweg Dietmar	Die Suspendierung des Arbeitnehmers, Dissertation, Erlangen 1961
Hanau Peter	Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung, RdA 1973, 281 ff
Hanau-Adomeit	Arbeitsrecht, 3. Auflage, Frankfurt 1974
Harbeck Wolfdieter	Unbezahlter Urlaub und Arbeitsunfähigkeit, BLStSozArbR 1975, 289
Herschel Wilhelm	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 1.7.1974 in SAE 1974, 167

Höhne Gerhard	Das allgemeine Recht auf Sonderurlaub, BB 1954, 1064
Hoppe Günther	Die Anwesenheitsprämie, BLStSozArbR 1975, 33
Hueck Alfred	Kündigungsschutzgesetz, 9. Auflage, München 1974
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963
Hueck-Nipperdey-Dietz	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Auflage, München und Berlin 1943
Jauernig Othmar	Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen ZZP, 1966, 79. Bd., S. 321 ff Einstweilige Verfügung gegen ein Bezugsverbot? NJW 1973, 1671 ff.
Kaiser Heinz	Kommentar zum LFZG, München 1970
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht, 5. Auflage, Berlin 1957
Kehrman-Pelikan	Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle, 2. Auflage, München 1973
Koch Remmert Ludwig	Die Anrechnung von Beurlaubungszeiten auf den Erholungsurlaub, Dissertation, Würzburg 1972
Kunze-Farthmann	Der Urlaubsanspruch und seine Durchsetzung, BB 1962, 1163 ff

Larenz Karl

Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage, München und Berlin 1963

Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München 1976

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1975

Löwisch Manfred

Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Gehaltsfestsetzung für Angestellte nach Arbeitsplatzrangfolge und Leistungsbeurteilung, DB 73, 1746 ff

Matthes Hans-Christoph

Lohnfortzahlung und Schlechtwettergeldregelung im Baugewerbe, BB 1970, 1400 ff, DB 73, 1746

Maunz-Dürig-Herzog

Kommentar zum Grundgesetz, München

Maurer Kurt

Betriebszugehörigkeit, AR-Blattei, D-Blatt

Krankheit während bezahlten und unbezahlten Urlaubs, RdA 1973

Maus Wilhelm

Handbuch des Arbeitsrechts, Frankfurt 1953

Das neue Urlaubsrecht, Kurzkommentar, Baden-Baden 1963

v. Maydell Bernd	Die arbeitsrechtliche Lohnsicherung im Krankheitsfall, Beilage Nr. 15/1973 zu DB, Heft 28
Menten Wilhelm	Der unbezahlte Sonderurlaub, Dissertation, Köln 1965
Molitor Erich	Die Arten des Urlaubs, DAR 1936, 137
Monjau Herbert	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 3.10.1972 in SAE 1973, 223
Müller Rolf	Bildungsurlaub?, Der Arbeitgeber 1962, 618
Natzel Benno	Handkommentar zum BuRlG, Münster 1963
	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 29.5.1964 in SAE 1965, 53 ff.
Neumann-Duesberg	Beschäftigungsdauer und Kündigungsfrist, NJW 1951, 11
Nikisch Arthur	Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Auflage, Tübingen 1961, Bd. III, 2. Auflage, Tübingen 1966
Nipperdey H. C.	Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts in: Festschrift der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des RG, 1929, Bd. IV, S. 103
Oertmann Paul	Die Geschäftsgrundlage, Leipzig 1921

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Auflage, München 1979
Palme A.	Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Freizeit zur Stellungssuche, BlStSozArbR 1957, 189
Peterek Rainer	Gemeinsame Anmerkung zu den Urteilen des BAG vom 23.12.1971 und 10.2.1972 in SAE 1972, 221
Prasse Helmut	Die einjährige Betriebsangehörigkeit als Voraussetzung der Wählbarkeit in den Betriebsrat, AuR 1954, 105
Projahn Horst D.	Lohnfortzahlung bei unbezahltem Sonderurlaub DB 1972, 1581
Rittner	Festschrift für F. v. Hippel, 1967
Röhsler Waldemar	Die Betriebszugehörigkeit als anspruchsbegründender Faktor im Arbeitsrecht, DB 1963, 995
Rohlfing-Rewolle	Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Frankfurt 1974
Rothe H.	Unbezahlter Urlaub im Sozialversicherungsrecht, DB 1955, 666
Sahmer Heinz	Loseblatt-Kommentar zum BetrVG, Frankfurt 1972
Schaub Günter	Arbeitsrechtshandbuch, 3. Auflage, München 1977

Schelp-Herbst	Kommentar zum BurlG, Berlin und Frankfurt 1963
Schmatz-Fischwasser	Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, 4. Auflage, 1961
Schmelzer Oskar	Urlaubsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1963
Schneider Eckhart	Der Bildungsurlaub, Dissertation, Würzburg 1968
Schnorr v. Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954
Schlessmann Karl	Arbeitsvertrag, 3. Auflage, München 1963
Schwarz Hansjürgen	Anwesenheitsprämie, AR-Blattei, D-Blatt
Schwerdtner Peter	Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970
Siebert Wolfgang	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935
Sieg Karl	Die Durchsetzung des Anspruchs auf Erholungsurlaub, RdA 1963, 127 ff
Soellner Alfred	Arbeitsrecht, 4. Auflage, Berlin, Köln, Mainz 1974

Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 10. Auflage, Stuttgart 1967
Stahlhacke Eugen	Kommentar zum BUrlG, 2. Auflage, Darmstadt 1968
Staudinger	Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Ber- lin 1961
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage, Tübingen 1975
Steinwedel Wilfried	Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Sonderurlaub, DB 1964, 1481
Teutebérq Hans Jürgen	Geschichte der industriellen Mitbe- stimmung in Deutschland, 1961
Thiele-Weschenfelder	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10.2.1972 = AP Nr. 2 zu § 9 BUrlG = BB 1972, 497
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 10. Auflage, München 1978
Tomandl Theodor	Treue- und Fürsorgepflicht im Ar- beitsrecht, Wiener Beiträge zum Ar- beits- und Sozialrecht, Bd. 5, Wien-Stuttgart 1975
Trabandt H.	Beurlaubung ohne Weiterzahlung der Vergütung BB 1952, 863
Trappe Hermann	Die Anwesenheitsprämie, BB 1966, 128

Vogt Aloys	Zum Begriff der "ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit", BB 1956, 321 f
Waldeyer Wolfgang	Die Lohnfortzahlungsdauer beim Zusammentreffen von Krankheit und Schlechtwetter, DB 1972, 679
Walter Bernhard	Anmerkung zum Urteil des LAG Freiburg vom 31.3.1955 in BB 1956, 77
Weimar Wilhelm	Freizeit zur Stellungssuche, BLStSozArbR 1959, 380
Wiedemann Herbert	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
Wohlgemuth Eckhard	Der allgemeine Anspruch auf Freistellung von der Arbeit, Dissertation, München 1970
Zöllner Wolfgang	Arbeitsrecht, München 1977
	Die Festsetzung des Urlaubs und ihre Erzwingung, DB 1957, 508

Erstes Kapitel

Der Gegenstand der Untersuchung

I. Der Begriff "Sonderurlaub"

Im betrieblichen Alltag kommt es häufig vor, daß Arbeitnehmer für einige Stunden, einige Tage oder gar für einige Wochen um Freistellung von der Arbeit bitten. Die dafür genannten Gründe sind sehr unterschiedlicher Art. Vielfach werden Todesfälle oder Erkrankungen von Angehörigen, Familienfeiern, Vorladungen zu Gerichten oder Behörden, Mithilfe bei der Ernte usw. genannt.

Gewährt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die gewünschte Freistellung, so führt dies zu einer vorübergehenden Befreiung des Arbeitnehmers von der Pflicht zur Arbeitsleistung. Aus verständlichen Gründen drängt sich bei der Freistellung von der in einem Arbeitsverhältnis wichtigsten Leistungspflicht der Gedanke an Urlaub auf. Es liegt deshalb nahe, bei dem Versuch, die oben genannte, im Arbeitsleben so bedeutsame Erscheinung, begrifflich zu erfassen, von dem allgemeinen Begriff des Urlaubs auszugehen.

1. Unter Urlaub iwS sind all die Fälle zu verstehen, in welchen das Arbeitsverhältnis weiter besteht, ohne daß mit oder ohne Entgelt gearbeitet zu werden braucht, allerdings ohne die eigentlichen Fälle der Krankheit (1). Das Bundesurlaubsgesetz gewährt in § 1 sogenannten Erholungsurlaub:

"Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub."

1) Schnorr v. Carolsfeld S. 246

Wenn darüber hinaus im Gesetz der Begriff Urlaub verwendet wird, so ist er immer an den Zweck der Erholung gebunden. Aus dem BUrlG ergibt sich damit die Gleichsetzung Urlaub = Erholungsurlaub. Freilich ist damit der arbeitsrechtliche Begriff des Urlaubs nicht eindeutig festgelegt. Zum Teil wird in der Literatur der Erholungsurlaub als wichtigste Unterart des "Urlaubs iwS" angesehen (2). Zum überwiegenden Teil werden aber Urlaub und Erholungsurlaub synonym verwendet. Ausgehend von der Terminologie des BUrlG hat sich diese Bezeichnung in der urlaubsrechtlichen Literatur durchgesetzt (3). Auch die Rechtsprechung des BAG bindet den Begriff an den Zweck der Erholung (4). Damit läßt sich sagen, daß nach heute überwiegendem Sprachgebrauch der Begriff Urlaub mit der Zweckbestimmung der Erholung verbunden ist.

2. Hiermit ist angedeutet, daß es neben dem Erholungsurlaub auch Freistellungen aus besonderem Anlaß oder zu besonderen Zwecken gibt. Für diese Fälle von Freistellungen fehlt bislang eine einheitliche Terminologie. Es werden dafür eine verwirrende Vielzahl von Bezeichnungen verwendet. Es seien hier nur die am häufigsten gebrauchten Begriffe erwähnt. So sprechen Schnorr v. Carolsfeld und Nikisch (5) von Urlaub im weiteren Sinn, Staudinger-Nipperdey-Neumann (6) von Urlaub zu bestimmten Zwecken. In der Literatur werden diese Fälle jedoch überwiegend als Sonderurlaub

- 2) wie Fussnote 1, ferner Gros, AR-Blattei D-Blatt III A
- 3) Hueck-Nipperdey, Bd 1, S. 432
Nikisch, Bd 1, S. 520
Menten, S. 3
Müller, ArbGeber 1962, 619
- 4) BAG AuR 1962, 317: "Urlaub bedeutet Freistellung von der Arbeitspflicht zum Zwecke der Erholung"
- 5) Schnorr v. Carolsfeld, wie Fussnote 1
Nikisch, § 39, S. 519
- 6) Staudinger Bd 2, Teil 3, § 611 Anm. 276

bezeichnet (7); eine andere Meinung, ausgehend vom Vorschlag von Dersch-Neumann (8), bedient sich des Ausdrucks Beurlaubung (8a).

Könnte man angesichts dieser Vielzahl von Bezeichnungen für ein und dieselbe Erscheinung die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffsdefinition bejahen, so handelt es sich im Grunde genommen nur um eine terminologische Frage von geringem Gewicht, kommt es doch allein darauf an, deutlich zu machen, daß Gegenstand der folgenden Untersuchung nicht der Erholungsurlaub, sondern eine davon scharf zu unterscheidende Form der Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht sein soll, bei der sowohl Anspruchsvoraussetzungen als auch Rechtsfolgen eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegen. Wenn hier im folgenden der Begriff Sonderurlaub verwendet wird, so soll dies nur der einheitlichen Diktion im Rahmen dieser Arbeit dienen.

3. Anspruchsgrundlage für den Erholungsurlaub hinsichtlich seiner Mindestvoraussetzungen sind das BurlG und die Bestimmungen der einschlägigen Tarifverträge, die gem. § 4 Abs. 1 TVG zwingenden Rechtsnormcharakter besitzen. Für den Sonderurlaub sind diese Normen weder direkt noch analog anwendbar.

Der Erholungsurlaub ist von seiner Zweckbestimmung her dem Arbeitsverhältnis immanent (9). Daraus folgt die untrennbare Verbindung von Arbeitsfreistellung und Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Im Gegensatz dazu folgt beim Sonderurlaub der Anspruch

7) Höhne, BB 54, 1064; Steinwedel, DB 64, 1481, 66, 1275
Schmelzer, S. 59 ff; Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 457
Palandt, 36. Aufl., § 611, Anm. 12
Maus, S. 22 Rdn. 12, Bobrowski-Gaul, F IV Rdn 104 ff.

8) Dersch-Neumann, § 1, Anm. 35

8a) Borrmann, S. 11; Schelp-Herbst, § 1 Anm. 3

9) BAGE 3, 23

auf Lohnfortzahlung nicht zwingend aus dem Anspruch auf Freistellung. Vielmehr bedarf die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnzahlung ebenso wie die zur Freistellung des Arbeitnehmers einer besonderen Rechtsgrundlage. Der Anspruch auf Sonderurlaub und der Anspruch auf Lohnfortzahlung sind deshalb getrennt zu untersuchende Fragen.

4. Ohne Bedeutung für den Begriff des Sonderurlaubs ist die Dauer der Freistellung. Wenn Menten (10) nur die Arbeitsbefreiung von mehr als drei Tagen als Sonderurlaub bezeichnet, im übrigen aber von kurzfristiger Arbeitsbefreiung spricht, so ist diese Unterscheidung letztlich nicht an objektiven Kriterien orientiert und deshalb rein willkürlich. Die Berufung auf einen angeblichen Sprachgebrauch, der dafür spreche, daß die Bezeichnung Sonderurlaub nur für eine mehr als drei Tage dauernde Freistellung einer überwiegenden Verkehrsauffassung entspreche, vermag seine Ansicht nicht zu begründen. Dem Begriff Sonderurlaub kommt keine normative Aussagekraft zu, er umschreibt vielmehr etwas Faktisches. Seine Bedeutung erschöpft sich deshalb in der Umschreibung einer arbeitsrechtlichen Erscheinung. Dies verkennt Menten, indem er diesem Begriff ein normatives Element beigemibt. Das Element der Zeitdauer kann nur von Bedeutung werden bei den Gesetzmäßigkeiten, denen der Sonderurlaub unterworfen ist, bei der begrifflichen Erfassung dagegen hat es außer Betracht zu bleiben.

5. Mit dem Begriff "Sonderurlaub" werden somit alle vorübergehenden Befreiungen von der Arbeitspflicht erfaßt, die vom Arbeitgeber auf Wunsch des Arbeitnehmers gewährt werden und bei denen - im Gegensatz zum Erholungsurlaub - sowohl Anspruchsvoraussetzungen als auch Rechtsfolgen eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegen.

II. Abgrenzung des Sonderurlaubs von anderen Fällen der Befreiung von der Arbeitspflicht

1. Wegfall der Arbeitspflicht ohne die Notwendigkeit einer Freistellung durch den Arbeitgeber.

Alle Fälle des Sonderurlaubs setzen eine ausdrückliche Freistellung von der Arbeitspflicht durch den Arbeitgeber voraus und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Arbeitnehmer daneben auch Lohnfortzahlung begehrt. Damit ist eine erste Abgrenzung gegeben zu den Fällen, in denen der Arbeitnehmer nicht zu arbeiten braucht, ohne daß es einer Freistellung bedarf. Nicht unter den Begriff des Sonderurlaubs fallen damit die vorübergehende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, der Annahmeverzug des Arbeitgebers und das Vorliegen eines Zurückbehaltungsrechts des Arbeitnehmers. Ebenso sind hierher die Fälle zu rechnen, in denen dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung vorübergehend nicht zugemutet werden kann. Es gibt Situationen, in denen sich der Arbeitnehmer einer Zwangslage gegenüber sieht. Zwar könnte er die Arbeitsleistung erbringen, müßte dafür aber höherrangige sittliche oder religiöse Pflichten aufopfern. Es liegt auf der Hand, daß in solchen Konfliktsituationen die Zumutbarkeitsgrenze innerhalb eines Arbeitsverhältnisses stärker berührt wird als bei anderen Rechtsverhältnissen. Der Dauercharakter des Arbeitsverhältnisses verleiht den Konflikten ein anderes Schwergewicht als sie das in Nicht-Dauerverhältnissen haben. Hier kommt das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, das auch im Arbeitsrecht Bedeutung hat, zum Tragen. Nichtzumutbarkeit hinsichtlich der Arbeitspflicht liegt dann vor, wenn der Dienstverpflichtete die Leistung nur unter Aufopferung oder außergewöhnlicher Gefährdung eines im Sinn der Rechtsordnung gegenüber dem Gläubigerinteresse höherwertigen Schuldnerinteresses vollziehen müßte (11). In einer solchen sogenannten überobli-

11) Staudinger, § 611 Anm. 132

gationsmäßigen Schwierigkeit entfällt die Arbeitspflicht wegen der Höherrangigkeit dieser anderweitigen Pflichten (12). Nach der älteren Lehre und Rechtsprechung ergab sich diese Rechtsfolge aus § 275 BGB. Die Vorschriften über die Unmöglichkeit wurden früher auch auf die Fälle ausgedehnt, in denen die Leistung zwar nicht streng genommen unmöglich, wohl aber derart erschwert war, daß sie nach Treu und Glauben dem Schuldner nicht zugemutet werden konnte. Diese Lehre galt auch für das Arbeitsrecht (13). Die heute herrschende Meinung löst diese Fälle sog. wirtschaftlicher Unmöglichkeit nicht mehr über § 275 BGB, sondern über § 242, weil es terminologisch bedenklich ist, eine an sich mögliche Leistung als unmöglich zu behandeln (14). Der Arbeitnehmer kann dem Arbeitgeber gegenüber in solchen Situationen, soweit er sie nicht selbst schuldhaft verursacht hat, eine Einwendung aus § 242 BGB geltend machen, er braucht nicht zu arbeiten.

2. Freistellung aus betrieblichem oder Arbeitgeber-Interesse

Wenn der Sonderurlaub eine Freistellung von der Arbeitspflicht voraussetzt, so ist doch nicht jede Freistellung schon Sonderurlaub. Eine Abgrenzung des Sonderurlaubs von anderen Fällen der Freistellung ergibt sich bei einem Blick auf die Interessen-

12) beispielsweise dann, wenn ein im Haushalt des Arbeitnehmers lebendes Kind unter acht Jahren wegen einer Erkrankung nach ärztlichem Zeugnis der Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege des Arbeitnehmers bedarf, weil andere im Haushalt des Arbeitnehmers lebende Personen hierfür nicht zur Verfügung stehen: Urteil des BAG vom 19.4.1978 in NJW 1978, 2316

13) Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 221
Staudinger, wie Fußnote 11
Ermann, § 242 III 4 e, bb

14) Palandt, 36. Aufl., § 275 Anm. 28
Staudinger-Nipperdey, wie Fußnote 11 und 12
Soergel-Siebert, § 275 Anm. 28
BGH LM Nr. 12 zu § 242

lage. Um Sonderurlaub handelt es sich nur, wenn die Befreiung auf Wunsch und somit im Interesse des Arbeitnehmers erfolgt. Davon zu unterscheiden ist eine Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber in dessen eigenem oder betrieblichem Interesse. Hierher zu zählen sind unter anderem die Werksbeurlaubung und die Suspendierung.

- a) Unter dem Begriff "Werksbeurlaubung" versteht man eine längere Arbeitsaussetzung unter gleichzeitigem Wegfall der Lohnzahlungspflicht, von der die ganze Belegschaft oder doch ein größerer Teil derselben betroffen wird, wobei der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt bleibt (15). Diese Erscheinung ist bekannt seit dem Jahre 1923, als während des Ruhrkampfes die Arbeitgeber die Arbeitnehmer nicht mehr voll weiterbeschäftigen konnten. Werksbeurlaubung erfolgt durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (16). Sie kann also grundsätzlich vom Arbeitgeber nicht einseitig angeordnet werden, es sei denn, daß er durch einzelvertragliche oder kollektive Regelung für bestimmte Fälle zur einseitigen Anordnung ermächtigt ist (17).

- b) Während von einer Werksbeurlaubung zumindest größere Teile der Belegschaft betroffen sind, kann ein bestimmtes tatsächliches Verhalten den Arbeitgeber auch zur Freistellung einzelner Arbeitnehmer veranlassen. Man spricht dann von Suspendierung. Darunter versteht man die

15) Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 215
Nikisch, Bd. 1, S. 651
Kaskel-Dersch, S. 142

16) Hueck-Nipperdey, wie Fußnote 14
Nikisch, Bd. 1, S. 652

17) Dersch-Neumann, § 1 Anm. 45

vorläufige Dienstenthebung des Arbeitnehmers durch einseitigen Akt des Arbeitgebers wegen in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe (18). Dieser Begriff hat nichts gemein mit dem Begriff Suspendierung im Arbeitskampfrecht, da hier nur eine individualrechtliche Maßnahme vorliegt.

Hat sich ein Arbeitnehmer irgendwelche Verfehlungen zuschulden kommen lassen, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden, so kann der Arbeitgeber bis zur endgültigen Klärung des Sachverhalts den Arbeitnehmer einstweilen von der Arbeitspflicht freistellen. Auch Zweifel an der körperlichen oder geistigen Arbeitsfähigkeit, oder auch der Verdacht einer ansteckenden Krankheit können eine derartige Maßnahme angezeigt erscheinen lassen (19). Damit vermeidet der Arbeitgeber eine möglicherweise unwirksame fristlose Kündigung, entfernt aber trotzdem den unerwünschten Arbeitnehmer aus dem Dienst und sichert sich bis zur Klärung des Sachverhalts gegen eine Verwirkung seines Kündigungsrechts (20).

3. Der Bildungsurlaub

Einen Sonderfall stellt der Bildungsurlaub dar, dem in zunehmendem Maße Bedeutung zukommt. Seit Jahren bekommen die Wunschvorstellungen unserer Gesellschaft eine beachtenswerte neue Dimension durch die Weiterentwicklung des höheren Lebensstandards zur höheren Lebensqualität. Der Grund für diese Entwicklung dürfte in der Einsicht liegen, daß Quantitäten allein nicht das Glück

18) Hahlweg, S. 7

19) Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 385 Fußnote 23

20) RAG ARS 12, 101 ff.

ausmachen. Von Hans Katzer stammt der Ausspruch, der auch heute noch für die demokratischen Parteien gemeinsamer Nenner ist: "Immer mehr setzt sich die Erkenntnis durch, daß der Wohlstand eines Volkes und das Wachstum seiner Wirtschaft im wesentlichen vom Stand der Bildung, insbesondere auch von der beruflichen Bildung seiner Menschen abhängen... Bei allen Bemühungen um die Bildung der Arbeitnehmer spielt aber auch die staatsbürgerlich - politische Bildung eine bedeutende Rolle. Ohne eine möglichst große Zahl politisch gebildeter und interessierter Menschen kann ein demokratisches Gemeinwesen auf die Dauer nicht gedeihen."

Auf diesem Hintergrunde ist auch der erstmals im Jahre 1960 (21) aufgetauchte Gedanke der Einführung eines Bildungsurlaubs für Arbeitnehmer zu sehen. War dieser Begriff zu Anfang so etwas wie ein Modebegriff aus der Rüstkammer der Reformer, so hat er im Laufe der jahrelangen Diskussion immer mehr an Konturen gewonnen. Man versteht heute darunter "Freistellung - bezahlte oder unbezahlte - von der Arbeit für die Teilnahme an Bildungsveranstaltungen zum Zwecke der beruflichen sowie der staatsbürgerlichen-politischen Fortbildung" (22). Im Gegensatz zum Sonderurlaub ist der Bildungsurlaub also zweckbezogen. Hinzu kommt, daß der Bildungsurlaub als Begriff eine zunehmende Verselbständigung erfahren hat, die es rechtfertigt, ihn nicht unter die Fälle des Sonderurlaubs einzureihen, sondern als eigenen Begriff daneben zu stellen. Er soll deshalb hier bei der Untersuchung außer Betracht bleiben.

21) Schneider, S. 2 m.w.N.

22) BT - Drucksache V/2345

... Normativ geregelte Freistellungsansprüche

Für viele Fallgestaltungen sind Freistellungsansprüche normiert. Natürlich schließen auch ausdrückliche Regelungen Zweifelsfragen nicht aus, zumal sie in vieler Hinsicht unvollständig sind und einer Ergänzung bedürfen. Sie lösen aber meist das Grundproblem, ob und unter welchen Voraussetzungen überhaupt für den Arbeitnehmer ein Recht auf Sonderurlaub gegeben ist.

Da sich die vorliegende Untersuchung aber die Beantwortung gerade dieser Fragen zum Ziel gesetzt hat, sollen die mit Hilfe normativer Regelungen zu lösenden Fallgestaltungen ausgeklammert bleiben. Die nachfolgende Übersicht der in der Arbeitspraxis bedeutsamsten und normativ geregelten Freistellungsansprüche erfolgt deshalb nur zur Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes.

1. Bundesrechtliche Regelungen

- a) Nach Art. 48 Abs. 1 GG hat ein Bewerber um ein Bundestagsmandat Anspruch auf den zur Vorbereitung seiner Wahl erforderlichen Urlaub. Der Anspruch steht allen Personen zu, die anderen gegenüber öffentlich- oder privatrechtliche Dienstverpflichtungen haben. Die Arbeitspflicht für den Kandidaten entfällt nicht ipso iure, Art. 48 Abs. 1 GG gibt nur einen Anspruch auf Gewährung von Sonderurlaub, um die der Arbeitnehmer nachsuchen muß; er darf nicht von sich aus der Arbeit fernbleiben (23).
- b) Art. 160 S. 1 WRV gewährt demjenigen, der in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis steht, das Recht auf die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit dadurch der Be-

trieb nicht erheblich geschädigt wird, zur Ausübung ihm übertragener Ehrenämter nötige freie Zeit.

Diese Bestimmung des Art. 160 WRV gilt heute gem. Art. 123 Abs. 1, 125, 74 Nr. 12 GG als einfaches Bundesgesetz (24).

Auch hier entfällt die Arbeitspflicht nicht ipso iure, wie sich aus der Formulierung "Recht auf ... freie Zeit" ergibt. Es bedarf auch hier einer Freistellung durch den Arbeitgeber, auf die ein Anspruch besteht (25).

- c) Ein weiterer Freistellungsanspruch folgt aus § 629 BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Dienstberechtigte nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses dem Verpflichteten auf dessen Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.
- d) Umstritten ist in der Literatur, ob § 616 Abs. 1 BGB als Freistellungsregelung anzusehen ist oder nur unter den dort angeführten Voraussetzungen einen Lohnanspruch gibt (26). Richtiger Ansicht nach regelt § 616 Abs. 1 den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei Arbeitsverhinderungen, weil diese Vorschrift nichts darüber aussagt, bei welchen Ereig-

24) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 123 Abs. 2 Rdn. 6
Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 133 und
Soergel-Siebert, § 611 Anm. 53 sprechen von Fortgeltung
der Grundsätze des Art. 160 WRV

25) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 611 Anm. 276

26) Eine Freistellungsregelung bejahen:
Schelp-Herbst § 1 Anm. 3
Steinwedel, DB 64, 1481
Boldt-Röhlsler, § 1 Anm. 14
Eine Lohnanspruchsregelung bejahen:
statt anderer Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 337

nissen vom Arbeitgeber Freistellung verlangt werden kann. Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes auf Grund dieser Vorschrift dann gegeben, wenn dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aus dem gegebenen Anlaß nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung seiner Treuepflicht und des entgegenstehenden Arbeitgeber-Interesses an der Arbeitsleistung wegen anderweitiger, höherrangiger sittlicher oder rechtlicher Pflichten nicht zumuten ist (27). Wie bereits dargestellt, ist in diesen Fällen eine Freistellung von der Arbeit nicht erforderlich, mithin kann § 616 Abs. 1 auch keine Anspruchsgrundlage für kurzfristige Freistellung von der Arbeit sein.

- e) Das Mutterschutzgesetz sieht in den §§ 7 Abs. 1 S. 1 und 16 S. 1 Freistellungsansprüche vor. Danach ist arbeitenden Müttern auf deren Verlangen die zum Stillen bzw. zur Durchführung der Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe (§§ 195 Nr. 1, 196 RVO) erforderliche Zeit zu gewähren.
- f) Jugendliche sind gem. § 9 Abs. 1 S. 1 JArbSchG für die Teilnahme am Berufsschulunterricht, gem. § 10 für die Teilnahme an Prüfungen und Ausbildungsmaßnahmen - entsprechende Regelungen enthält § 7 BBiG - sowie gem. § 43 für die Durchführung der ärztlichen Untersuchungen nach den §§ 32 ff. JArbSchG freizustellen.
- g) Zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben sind Mitglieder des Betriebsrates gem. § 37 Abs. 2 BetrVerfG und Mitglieder des Personalrats nach der entsprechenden Vorschrift des § 46 Abs. 2 PersVG von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Be-

triebes erforderlich ist. Ein solches Freistellungsbedürfnis liegt in der Regel vor, wenn eine wiederkehrende oder länger andauernde Arbeitsverhinderung des Betriebsratsmitglieds voraussehbar ist, welche die völlige Freistellung von der Arbeit nötig erscheinen läßt (28).

2. Landesrechtliche Regelungen

Die Verfassungen einiger Bundesländer enthalten dem Art. 48 Abs. 1 GG entsprechende Bestimmungen, nach welchen Bewerber um einen Sitz im Landtag zur Vorbereitung der Wahl auf Verlangen freizustellen sind (29).

Weiter sind hierher die in den meisten Bundesländern bestehenden Gesetze über Sonderurlaub für Jugendleiter und Jugendpfleger zu rechnen (30), nach denen Arbeitnehmer, die außerhalb ihrer Arbeitszeit in der Jugendpflege tätig sind, unter den im einzelnen genannten Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Freistellung bis zu zwölf Tagen jährlich zusteht.

3. Kollektive Regelungen

- a) Bestimmungen über Arbeitsfreistellungen unter Fortzahlung der Vergütung finden sich in der überwiegenden Zahl der heute geltenden Mantel- oder Rahmentarifverträge bei den Regelungen der allgemeinen Arbeitsbedingungen (31). In aller Regel handelt es sich um zwingende Bestimmungen, aus denen

28) BAG AP Nr. 1 zu § 37 BetrVerfG 1972

29) Art. 29 I Verf. Bad.-Württ., 17 I Nieders., 46 II 2 Nordrh.-Westf., 96 I 2 Rheinl.-Pf., 85 S. 2 Saarland, 4 S. 1 Schles.-Holstein

30) in Bad.-Württ., Bayer, Bremen, Hamburg, Hessen, Nieders-, Rheinl.-Pf., Saarland

31) Vgl. die Übersicht von Clasen, DB 74, 27 f

der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Freistellung bei Fortzahlung des Lohnes herleiten kann. Damit haben die Tarifvertragsparteien einem Bedürfnis der Arbeitspraxis Rechnung getragen und konkrete Ausgestaltungen zu der nach allgemeiner Ansicht (32) dispositiven Bestimmung des § 616 Abs. 1 BGB getroffen.

- b) Vereinzelt wird auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auf betrieblicher Ebene Freistellungsansprüche durch Betriebsvereinbarungen im Rahmen der Zulässigkeitsschranken des § 77 Abs. 3 BetrVerfG zu begründen.

32) statt anderer: Staudinger-Nipperdey, § 616 Anm. 65 ff

Zweites Kapitel

Der Rechtsanspruch auf Sonderurlaub

Wie bereits dargestellt, ist - anders als beim Erholungsurlaub - beim Sonderurlaub zwischen einem Anspruch auf bloße Freistellung von der Arbeit und dem darüber hinausgehenden Anspruch auch auf Bezahlung der versäumten Arbeitszeit zu unterscheiden.

Das grundlegende Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen überhaupt für den Arbeitnehmer ein Anspruch auf Sonderurlaub über die bestehenden gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen hinaus gegeben ist, ist nicht geklärt und bereitet deshalb größte Schwierigkeiten, weil für die Beantwortung aller auftretenden Fragen in einem konkreten Fall nur allgemeine Rechtssätze zur Verfügung stehen.

A. Meinungsstand

I. Rechtsprechung

Soweit ersichtlich, haben sich die Gerichte nur vereinzelt mit der Frage eines Anspruchs auf Gewährung von Sonderurlaub auseinandergesetzt, doch wird die grundsätzliche Möglichkeit eines allgemeinen Freistellungsanspruchs überwiegend bejaht. Uneinheitlich aber wird die Frage erörtert, aufgrund welcher Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen der Anspruch bestehen soll. Wohl am weitesten geht das Arbeitsgericht Hildesheim (1), das einen Anspruch aus "allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die aus der Bestimmung des § 242 BGB fließen", ableitet und ihn bereits dann für gegeben ansieht, wenn dem nicht gerechtfertigte

1) ARSt Bd. XVI 1956, Nr. 152

Gründe auf Seiten des Arbeitgebers entgegenstehen. Unbeantwortet bleibt die Frage, welche allgemeinen Rechtsgrundsätze das Gericht meint.

Andere Gerichte berufen sich auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (2). Daraus resultiere nach Ansicht des LAG Freiburg (3) ein Anspruch dann, wenn ein wichtiger Grund vorliege. Das Arbeitsgericht Kiel (4) gewährt Sonderurlaub, wenn dieser zur fachlichen Weiterbildung erforderlich ist, während das LAG Baden-Württemberg (5) den Freistellungsanspruch von nicht entgegenstehenden dringenden Bedürfnissen des Betriebes abhängig macht. Das BAG hat zu der Frage eines allgemeinen Freistellungsanspruchs noch nicht abschließend Stellung genommen. Nur der 4. Senat hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1957 (6) unter Berufung auf Nikisch (7) in Form eines obiter dictum die Ansicht geäußert, die Erteilung von Sonderurlaub liege grundsätzlich im freien Ermessen des Arbeitgebers. Die Verwendung des Wortes "grundsätzlich" läßt aber erkennen, daß der Senat unter Umständen einen Anspruch auf Sonderurlaub nicht für ausgeschlossen hält.

II. Literatur

Die arbeitsrechtliche Literatur scheint bei der Behandlung des Problems auf den ersten Blick in zwei Lager gespalten. Während die einen Autoren einen allgemeinen Freistellungsanspruch grundsätzlich bejahen, vernei-

- 2) LAG Freiburg, BB 56, 77
ArbG Kiel, BB 65, 1272
LAG Baden-Württ., DB 64, 996; DB 63, 242

3) wie Fußnote 2

4) wie Fußnote 2

5) DB 64, 996

6) FF 57, 1072

7) Nikisch, Bd. I, S. 525

nen ihn die anderen.

Von den Autoren, die einen Anspruch grundsätzlich anerkennen, beruft sich Höhne (8) zur Begründung auf § 242 BGB, Menten (9) weist auf die Möglichkeit einer betrieblichen Übung hin, und nach Schelp-Herbst (10) beurteilt sich die Erteilung von Sonderurlaub nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Im Übrigen wird auch in der Literatur die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage herangezogen. Dem Ausnahmecharakter des Sonderurlaubs versuchen diese Autoren dadurch gerecht zu werden, daß sie den Anspruch nach dem Motto "Anspruch ja, aber nur wenn ..." an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. Am weitesten geht Schlessmann (11), der nur dann einen Anspruch bejaht, wenn die Versagung ein Akt der Willkür wäre; Bobrowski-Gaul (12) verlangen eine sorgfältige Abwägung von Treupflicht des Arbeitnehmers und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers; nur wo das Festhalten an der Arbeitspflicht die Grenze des Zumutbaren überschreite, bestehe ein Anspruch auf Freistellung. Eine sorgfältige Abwägung der gegenseitigen Interessen fordern Trabandt und Rothe (13). Einen wichtigen Grund, dem der Arbeitgeber nicht seinerseits einen wichtigen Grund zur Versagung entgegensetzen könne, sieht Höhne (14) als Voraussetzung an, dagegen bejaht Brox (15) einen Anspruch ohne weitere Differenzierung nur in Ausnahmefällen und nach Steinwedel (16) könne ein derartiger Anspruch "allenfalls" aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgen.

8) BB 54, 1065

9) Menten, Der unbezahlte Sonderurlaub, S. 46 f.

10) § 1 Anm. 3

11) Arbeitsvertrag, S. 107

12) C. 382, F IV Rdn. 104 ff.

13) Trabandt, BB 52, 863, Rothe, DB 55, 666 Fn. 1

14) wie Fn. 8

15) Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, S. 66

16) DB 64, 1481

Diejenigen Autoren, die einen Rechtsanspruch grundsätzlich verneinen, differenzieren von ihrem entgegengesetzten Ausgangspunkt aus nach dem Motto "kein Anspruch, es sei denn, daß ...".

A. Hueck (17) stellt einen Anspruch ins freie Belieben des Arbeitgebers. Im einzelnen Fall aber könne das Interesse des Arbeitnehmers so groß sein, daß die Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber gebiete, dem Wunsch des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen, wenn nicht schwerwiegende Interessen des Betriebes entgegenstehen. Auf derselben Linie liegen Walter, Nikisch, Müller und Natzel (18), nach denen ein Anspruch im freien Ermessen des Arbeitgebers liege, es sei denn, daß im Einzelfall bei Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber gebiete, dem berechtigten Wunsch des Arbeitnehmers zu entsprechen.

Trotz unterschiedlicher Ausgangspositionen wird somit in der Literatur wenigstens die Möglichkeit eines Rechtsanspruchs auf Gewährung von Sonderurlaub überwiegend bejaht.

B. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Anspruchsgrundlage

Bereits der vorstehend kurz zitierte Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur hat gezeigt, daß sich ein Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeit keineswegs in den gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen erschöpfen muß. Vielmehr gebietet die juristische Methode dort, wo spezielle Normen nicht anwendbar sind, einen Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze. Im Arbeitsrecht bietet sich hierzu das Rechtsinstitut

17) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 457

18) Walter, BB 56, 77
Nikisch, Bd. I, S. 525
Müller, ArbG 62, 619
Natzel, § 1 Rdn. 13

der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht an.

I. Allgemeines

1. Die Fürsorgepflicht ist in ihren Erscheinungsformen so vielgestaltig, wie die Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien selbst. An dieser Vielgestaltigkeit scheitert die Möglichkeit einer konkreten Definition (1). Der Versuch, den Inhalt der Fürsorgepflicht zu bestimmen, muß sich deshalb in einer allgemeinen Umschreibung erschöpfen, die erst bei einer Anwendung im Einzelfall konkretisiert werden kann.

Nach Hueck-Nipperdey (2) verpflichtet die Fürsorgepflicht den Arbeitgeber, sich für den Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses einzusetzen, ihm Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen und alles zu unterlassen, was die Interessen des Arbeitnehmers zu schädigen geeignet ist. Schnorr v. Carolsfeld (3) versteht die Fürsorgepflicht als eine besondere Pflicht, aufgrund welcher der Arbeitgeber allgemein für das Wohl der Arbeitnehmer im Betrieb zu sorgen hat, soweit ihm bei den für den Betrieb zur Verfügung stehenden Mitteln und unter volkswirtschaftlich zulässiger Ausnutzung der Gegebenheiten eine Überwälzung der hierfür aufzuwendenden Kosten auf die Arbeitnehmer und seinen eigenen Gewinnanteil ohne Gefährdung des Betriebes möglich ist. Nach Ansicht von Nikisch (4) hat der Arbeitgeber bei allen seinen Maßnahmen, auch soweit er Rechte ausübt, auf das Wohl seiner Arbeitnehmer Bedacht zu nehmen und nach Söllner (5) umfaßt die vertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers alles, was er an Gefahren-

1) so zutreffend Bobrowski-Gaul, aaO, F I Rdn. 12, S. 304

2) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 390

3) Schnorr v. Carolsfeld, aaO, S. 171, 2 a

4) Nikisch, Bd. I, S. 471

5) Söllner, aaO, S. 181

schutz dem Arbeitnehmer nach Einzelarbeitsvertragsrecht, auf Grund von Gesamtvereinbarungen, und auf Grund arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften angedeihen lassen muß.

2. Im System des BGB hat die Fürsorgepflicht nur den Charakter einer Nebenpflicht. Eine ihr entsprechende Treuepflicht des Dienstverpflichteten wird im Gesetzestext überhaupt nicht erwähnt. Hauptpflichten des Dienstverhältnisses sind ausschließlich die Pflicht, die versprochenen Dienste zu leisten, und die ihr entsprechende Gegenpflicht zur Gewährung der vereinbarten Vergütung.

Heute ist man überwiegend der Meinung, daß im Rahmen des Dienstvertrages die Fürsorgepflicht nicht nur eine Nebenpflicht, sondern eine Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses ist.

Verfolgt man den Gang der Entwicklung der Treue- und Fürsorgepflicht und vor allem den Ausbau der Fürsorgepflicht zu einer Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses, so stellt man fest, daß sie zu Beginn des Jahrhunderts noch ein Schattendasein führte, und auch eine ihr entsprechende Treuepflicht des Arbeitnehmers war, soweit ersichtlich, nirgends als selbständiger Verpflichtungsgrund anerkannt. Erst als versucht wurde, das Arbeitsverhältnis aus dem starren Synallagma zu lösen, in das es die BGB-Vorschriften über den Dienstvertrag gebettet hatten, weil man erkannte, daß der moderne Arbeitsvertrag seinen Inhalt nicht ausschließlich aus den Vorschriften des BGB erhielt, fand der Gedanke der Treue und Fürsorge mehr Berücksichtigung. Wegweiser dieser Entwicklung war Otto v. Gierke (6) mit seiner Lehre vom deutschrechtlichen Ursprung des Dienstvertrages. Den entscheidenden Beitrag für die Anerkennung der Fürsorgepflicht als einer eigenständigen Pflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis hat H. C. Nipperdey mit seiner Schrift "Die privatrechtliche

6) Die Wurzel des Dienstvertrages, Berliner Festschrift für Heinrich Brunner, 1914

Bedeutung des Arbeitsschutzrechts" (7) geleistet.

Unter der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 (8) wurden Treue- und Fürsorgepflicht zu den wesentlichen Elementen der Arbeitsverfassung. Es wurde zunehmend anerkannt, daß sich Auswirkungen auf das Einzelarbeitsverhältnis ergeben, die vor allem darin zum Ausdruck kamen, daß das Arbeitsverhältnis als ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" angesehen wurde (9). Die Treue- und Fürsorgepflicht wurde zur umfassenden Grundpflicht, "die alle anderen Pflichten als ihre Auswirkungen und Erscheinungsformen trägt und gestaltet" (10). Sie wirkte somit als Maßstab auf den Inhalt des Einzelarbeitsvertrages ein, war aber selbst nicht unmittelbar die Quelle bestimmter vermögensrechtlicher Ansprüche (11).

In der Folgezeit war es lange zweifelhaft, ob der Fürsorgepflicht auch die Funktion einer selbständigen Anspruchsgrundlage zukomme. Die Befürchtung des Reichsarbeitsgerichts, die Anerkennung der Fürsorgepflicht als selbständige Anspruchsgrundlage führe zu Rechtsunsicherheit und übersteigerten Forderungen an den Arbeitgeber, hielt man überwiegend für unbegründet. Es war bald allgemein anerkannt, daß aus der Fürsorgepflicht auch ohne besondere gesetzliche Ausgestaltung konkrete Einzelpflichten erwachsen und eine so weitgehende Verselbständigung erfahren können, daß sie zu unmittelbaren Rechtsansprüchen des Arbeitnehmers werden. Wiedemann (12) vertritt sogar die Ansicht, die Fürsorgepflicht sei ge-

7) in: Festschrift der jur. Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des RG, 1929, Bd. IV, S. 203 ff.

8) RGBl I, S. 45

9) Hueck-Nipperdey-Dietz, aaO, § 2 Anm. 16

10) Siebert, aaO, S. 100

11) RAG ARS, Bd. 33, S. 172 2. Leitsatz

12) Wiedemann, aaO, S. 58

rade dazu geschaffen, dem Arbeitnehmer Ansprüche zu geben. Sie dürfe als Anspruchsgrundlage aber nur für solche Fälle herangezogen werden, für die sie nach ihrer Grundidee und Entstehungsgeschichte bestimmt sei. Diese Entstehungsgeschichte war mit dem Ruf "Weg vom BGB" verbunden, mit dem Bestreben, das Arbeitsverhältnis aus dem starren Synallagma der BGB-Vorschriften zu lösen.

An dieser Stelle setzt nun die Kritik des neuesten Schrifttums ein. So meint Adomeit (13), heute sei gesichert, daß den Parteien jedes Schuldverhältnis gegenseitige Pflichten der Rücksichtnahme, des Schutzes und der Förderung des Vertragszweckes obliegen. Diese Pflichten seien umso stärker, je intensiver jemand die Leistung des anderen in Anspruch nehme. Daraus sei der gesamte Inhalt dessen abzuleiten, was heute unter Fürsorgepflicht und Treuepflicht firmiere und stehe auf eher tragfähigem Boden, da weder "personenrechtlich" noch "Gemeinschaftsverhältnis" einen gesicherten Platz im Rechtssystem hätten. Er bejaht aber den instrumental Nutzen dieser Terminologie, ihre zeitbedingte, um nicht zu sagen historische Funktion, auf die man für die Zukunft jedoch verzichten könne.

Nach Söllner (14) umfaßt die Fürsorgepflicht ebenso wie die Treuepflicht eine Anzahl vertraglicher Nebenpflichten, die sich als solche durchaus der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik einfügen lassen. Ein Teil der als Fürsorgepflichten geltenden Nebenpflichten ergebe sich schon aus einer wohlverstandenen Anwendung des § 242 BGB auf das Arbeitsverhältnis. Ein anderer Teil der Nebenpflichten sei als Schutzpflichten auch sonst dem Schuldrecht nicht fremd. Schwerdtner (15) gar ist der Ansicht, die Lehre

13) Hanau-Adomeit, aaO, S. 133

14) Söllner, aaO, S. 220

15) Schwerdtner, aaO, S. 66

vom Arbeitsverhältnis als einem von Treue- und Fürsorgepflichten beherrschten Gemeinschaftsverhältnis sei nichts anderes als eine "gut verpaßte Ideologie".

Richardi (16) ist dagegen Recht zu geben, wenn er meint, die Lehre von der Treue- und Fürsorgepflicht lasse sich nicht als "gut verpaßte Ideologie" abtun. Sie diene der Funktion, die Gedanken, die dem Arbeitsverhältnis einen sozialen Inhalt geben, dogmatisch zu ordnen und damit ihren Bestand als Teil der Rechtsordnung zu sichern. So sei die Kritik vor allem von Hanau und Söllner mehr dogmatischer als grundsätzlicher Natur (17).

Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Behandlung der Fürsorgepflicht in der Rechtsprechung hingewiesen. Das Bundesarbeitsgericht versteht die Fürsorgepflicht als Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses (18), als eine Pflicht, die das ganze Arbeitsverhältnis durchdringt und auch geeignet ist, einzelne daraus sich ergebende Verpflichtungen zu beeinflussen und näher auszugestalten (19).

Ein Versuch, den Standort der Fürsorgepflicht in der heutigen Rechtsdogmatik zu bestimmen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es kann hier auch dahinstehen, ob man nun die Fürsorgepflicht als eigenständiges Rechtsinstitut, als Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses oder als Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben sieht.

16) in: Tomandl, Treue- u. Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, S. 59

17) Einen ähnlichen Standpunkt vertritt nun auch Söllner, Arbeitsrecht, München 1977

18) BAG AP Nr. 6 zu § 611 Öffentlicher Dienst

19) BAG AP Nr. 75 zu § 611 Fürsorgepflicht

Die obigen Ausführungen haben nämlich deutlich gemacht, - und das ist entscheidend festzustellen - daß aus der Fürsorgepflicht, wie man sie dogmatisch auch immer einordnen mag, Rechtsansprüche abgeleitet werden können.

II. Der Anwendungsbereich der Fürsorgepflicht

Die Feststellung, daß aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Rechtsansprüche abgeleitet werden können, führt zu der Frage, wie aus dem notwendigerweise sehr allgemeinen Inhalt der Fürsorgepflicht konkrete, durchsetzbare Einzelverpflichtungen des Arbeitgebers entwickelt werden können.

Wie die Fülle der von der Rechtsprechung entschiedenen Sachverhalte zeigt, ist die Versuchung groß, die Fürsorgepflicht immer dann zu bemühen, wenn auf andere Weise eine Verpflichtung des Arbeitgebers zu einem bestimmten Verhalten nicht zu erreichen ist. Diese Gefahr der Überstrapazierung der Fürsorgepflicht macht eine Begrenzung ihres Anwendungsbereiches erforderlich.

1. Begrenzung des Anwendungsbereichs aus der Entstehungsgeschichte und der Grundidee der Fürsorgepflicht

Einen gangbaren Weg hat der Große Senat des BAG mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1961 (20) gewiesen: "Der Große Senat hat sich bereits ... gegen eine Strapazierung für Fälle ausgesprochen, für die sie nach ihrer Entstehungsgeschichte und namentlich § 618 BGB und entsprechender Vorschriften sowie in einer anerkannten Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Grundidee und Ausgestaltung nicht bestimmt ist."

Für die praktische Anwendbarkeit der Fürsorgepflicht als einen offenen Tatbestand kommt der Entstehungsgeschichte besondere Bedeutung zu. Für sich alleine kann sie aber kein tauglicher Begrenzungsfaktor sein. Die allgemeine Fürsorgepflicht stellt sich nicht als fest umschriebenes Erscheinungsbild dar, sondern ist vielmehr laufend in der Entwicklung begriffen. Dies zeigt die Rechtsprechung zum Erholungsurlaub sehr deutlich. Während es das RAG in ständiger Rechtsprechung bis zum Jahre 1938 abgelehnt hat, einen Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers herzuleiten (21), hat das BAG einen Urlaubsanspruch aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht anerkannt (22) und damit die Entwicklung einen Schritt vorangetrieben. An diesem Beispiel wird hinreichend deutlich, daß mit Hilfe der Entstehungsgeschichte nicht festzustellen ist, ob im Einzelfall die Grenze des Normbereichs überschritten ist.

Bejaht man aber mit Richardi (23) die Notwendigkeit, eine Ausweitung der Fürsorgepflicht zur Begründungsschablone für als sinnvoll anerkannte Rechtsfolgen zu verhindern, so bietet sich der Rückgriff auf die ebenfalls vom Großen Senat erwähnte "Grundidee" der allgemeinen Fürsorgepflicht an.

2. Die Grundidee der Fürsorgepflicht

Der Große Senat selbst hat in der oben erwähnten Entscheidung, wenn auch in anderem Zusammenhang von dem "sozialen Schutzcharakter" der Fürsorgepflicht gesprochen. Man kann annehmen, daß darin eine zumindest mögliche Umschreibung dessen liegt, was die Grundidee der allgemeinen Fürsorgepflicht sein soll. Es liegt.

21) Nachweise bei Dersch, die Urlaubsgesetze 1954, Anm. 81 a sowie bei Hueck-Nipperdey, Bd. 1, S. 432, Fn. 2 und 3

22) BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB, Urlaubsrecht

23) wie Fn. 16

nahe, somit die Fürsorgepflicht in die Nähe der Sozialstaatsklausel der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG zu rücken. Für die Rechtsprechung des BAG ist die Fürsorgepflicht ein Weg, um eine bestimmte soziale Vorstellung vom Arbeitsverhältnis rechtlich zu verwirklichen. Diese Vorstellung ist geprägt von dem Bemühen, soziale Spannungen und Gegensätze im Individualarbeitsrecht zu mindern, die sich vor allem aus der Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Organisationsgewalt des Arbeitgebers ergeben. So stellt sich die Fürsorgepflicht als ein Prinzip dar, das dem Arbeitgeber nicht nur bestimmte Einzelverpflichtungen auferlegt, sondern ein bestimmtes Gesamtverhalten abverlangt. Dieses Verhaltensgebot nötigt den Arbeitgeber, "bei allen seinen Maßnahmen, auch wenn er Rechte ausübt, auf das Wohl seines Arbeitnehmers Bedacht zu nehmen, sich so zu verhalten, daß dieser nach Möglichkeit vor Nachteilen bewahrt bleibt" (24). So dient letztlich die Fürsorgepflicht der sozialen Gerechtigkeit.

C. Die Anwendung der Fürsorgepflicht im Einzelfall

I. Orientierung der Anwendungsvoraussetzungen an der Grundidee

Wie jede Anspruchsgrundlage ist auch die Fürsorgepflicht an bestimmte Anwendungsvoraussetzungen gebunden, wenn auch mit dem entscheidenden Unterschied, daß weder Tatbestandsmerkmale noch Rechtsfolgen festgeschrieben sind. Will man aber aus der Fürsorgepflicht konkrete Rechtsfolgen ableiten, so kommt man nicht umhin, auch die Voraussetzungen dafür aufzuzeigen. Bei diesem Versuch kommt der Grundidee der Fürsorgepflicht, der sowohl Rechtsfolgen als auch deren Voraussetzungen entsprechen müssen, entscheidendes Gewicht zu. Versteht man diese als an der Grundidee ausgerichtete Merkmale, so wird diesem Erfordernis Rech-

24) BAG AP Nr. 1, 6, zu § 611 Fürsorgepflicht

nung getragen und die Gefahr übersteigter Ansprüche an den Arbeitgeber beseitigt.

II. Die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen

Es gibt nicht wenige Entscheidungen des BAG (25), bei deren Betrachtung man den Eindruck haben könnte, als ginge es bei der Frage, ob dem Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht ein bestimmtes Verhalten auferlegt werden kann, nur darum, die Interessen des Arbeitnehmers und die des Arbeitgebers gegenüberzustellen, um so aus einer Interessenabwägung etwa nach den Grundsätzen des § 242 BGB für den Einzelfall zu einem gerechten Ergebnis zu kommen. Eine solche Handhabung würde dem Wesen der Fürsorgepflicht nicht gerecht und entspricht auch nicht der des BAG. Vielmehr ist die Anwendbarkeit der Fürsorgepflicht wie die jedes anderen Tatbestandes auch an allgemeine objektive und subjektive Voraussetzungen gebunden, die es aufzuzeigen gilt.

1. Die objektiven Voraussetzungen

a) Die Fürsorgepflicht als Grundpflicht des Arbeitsverhältnisses

Als erste Voraussetzung muß die allgemeine Fürsorgepflicht als eine "das ganze Arbeitsverhältnis durchdringende Grundpflicht" verstanden werden, "die geeignet ist, einzelne sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Verpflichtungen zu beeinflussen und näher auszugestalten" (26). Damit wird dem Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten gegenüber dem Arbeit-

25) z. B. wie Fn. 18 und 19, ferner
AP Nr. 1 zu § 611 Fürsorgepflicht
AP Nr. 24 zu § 611 Gratifikation

26) wie Fn. 18

nehmer abverlangt, auf Grund dessen ihm Pflichten obliegen, die nicht im Gesetz genannt und im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart sind. Dem Arbeitnehmer verschafft dies eine ihn begünstigende Rechtsstellung, er kann aber daraus noch keine bestimmten Ansprüche ableiten.

- b) Grundsätzliche Verpflichtungen des Arbeitgebers zu einem bestimmten Verhalten

Erst bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen wird der Arbeitgeber wegen des ihm abverlangten Grundverhaltens zu einem bestimmten Verhalten grundsätzlich verpflichtet.

- aa) Begehren des Arbeitnehmers in unmittelbarer Beziehung zum Arbeitsverhältnis

Voraussetzung für die Bejahung einer grundsätzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers ist zunächst, daß das Begehren des Arbeitnehmers in einer unmittelbaren Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht. Nur in dieser Beziehung können sich die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer berühren, außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehen sich beide unabhängig gegenüber. Damit ist eine Grenze gesetzt, jenseits derer eine Zuständigkeit des Arbeitgebers auf Grund seiner allgemeinen Fürsorgepflicht nicht mehr in Betracht kommt. Würde man den Pflichtenkreis des Arbeitgebers darüber hinaus ausdehnen, so wäre dies mit der Grundidee der Fürsorgepflicht nicht mehr vereinbar, deren eigentliches Ziel es ist, die gerade mit dem Eintritt in ein Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer entstehenden sozialen Spannungen auszugleichen.

- bb) Bedürfnis des Arbeitnehmers

Nun kann aber nicht jedes Begehren des Arbeitnehmers, das in einer unmittelbaren Beziehung zum Arbeitsverhältnis

steht, Gegenstand arbeitgeberischer Fürsorge sein. Vielmehr ist der Bereich für eine Pflichtigkeit des Arbeitgebers weiter dadurch einzuschränken, daß ein Bedürfnis des Arbeitnehmers an einem bestimmten arbeitgeberischen Verhalten zu fordern ist. Ein solchermaßen notwendiges Bedürfnis des Arbeitnehmers kann dann anerkannt werden, wenn der Arbeitnehmer selbst nicht in der Lage ist, eine aus dem Bereich des Arbeitsverhältnisses seinen Rechtsgütern oder berechtigten Interessen drohende Gefahr oder Beeinträchtigung abzuwehren.

Als berechnigte Interessen des Arbeitnehmers kommen das Recht auf Leben und Gesundheit (27), das Eigentums- (28) und Vermögensrecht (29), sowie das Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde (30) in Betracht. Neben diesen ursprünglich vom Arbeitsverhältnis unabhängigen, dem privaten Bereich des Arbeitnehmers zuzurechnenden Interessen sind auch diejenigen Belange geschützt, die erst auf Grund des eingegangenen Arbeitsverhältnisses zur Entstehung gelangt sind. Hierher zählen nicht nur der Lohnanspruch, sondern auch alle versicherungs- und versorgungsrechtlichen Belange (31).

cc) Unvermögen des Arbeitnehmers zur Selbstfürsorge

Diese Aufzählung macht deutlich, daß im Laufe der arbeits-

27) dem trägt § 618 BGB Rechnung

28) vgl. BAG AP Nr. 75 zu § 611 Fürsorgepflicht
Nr. 2 zu § 611 Gefährdungshaftung

29) BAG AP Nr. 8 u. 19 zu § 611 Gefährdungshaftung

30) BAG Urteil v. 19.8.76 in BB 76, 1561

31) BAG AP Nr. 57, 74, 76 zu § 611 Fürsorgepflicht
Nr. 6 zu § 611 Öffentl. Dienst
Nr. 4 zu § 823 Schutzgesetz

rechtlichen Entwicklung eine Vielzahl von Arbeitnehmerinteressen von der Rechtsordnung anerkannt worden ist. Es wird deshalb selten, wenn ein arbeitgeberisches Tätigwerden verlangt wird, am Vorliegen eines berechtigten Interesses fehlen. Ein dahingehendes Bedürfnis des Arbeitnehmers kann aber nur dann anerkannt werden, wenn der Arbeitnehmer selbst nicht in der Lage ist, diese Belange ausreichend zu wahren, da diese Aufgabe grundsätzlich ihm selbst obliegt. An dieser Stelle gewinnt erstmals ein subjektiver Moment an Bedeutung. Die Unmöglichkeit der Interessenwahrung durch eigenes Tun wird dem Arbeitnehmer nämlich nicht nur dann zu bescheinigen sein, wenn dies objektiv feststellbar ist, sondern auch dann, wenn Umstände vorliegen, die auf sein Unvermögen schließen lassen. Die Einsicht, daß der einzelne Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber in aller Regel der finanziell schwächere Teil ist, rechtfertigt es, eine Verpflichtung zur Selbstfürsorge davon abhängig zu machen, ob das unter Einsatz zumutbarer Mittel möglich ist. Erscheint dagegen der Einsatz der erforderlichen Mittel materiell unzumutbar, ist Unvermögen zu bejahen. Hier eine Grenzziehung zu treffen, ist naturgemäß schwierig und letztlich Ausdruck der sozialen Grundanschauung.

- dd) Verantwortlichkeit des Arbeitgebers auf Grund seiner Organisationsgewalt

Ist jetzt ein Bedürfnis des Arbeitnehmers an einem bestimmten arbeitgeberischen Verhalten festgestellt, so ist als Folge dessen doch der Arbeitgeber noch nicht verpflichtet, fürsorgend tätig zu werden. Vielmehr bedarf eine weitergehende Verpflichtung, als sie ihm grundsätzlich arbeitsvertraglich obliegt, einer beson-

deren Rechtfertigung. Eingangs (32) wurde gesagt, die Fürsorgepflicht verpflichtet den Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Jedem Arbeitsverhältnis ist immanent, daß die Arbeitsleistung im Rahmen einer fremdbestimmten Organisation erbracht wird. Die daraus resultierende Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Organisationsgewalt des Arbeitgebers ist die Grundlage der Verantwortlichkeit für den Arbeitgeber. Dieses Organisationsrecht versetzt den Arbeitgeber in die Lage, Einfluß auf den Rechtsgüterbereich des Arbeitnehmers zu nehmen. Verlangt aber die Fürsorgepflicht vom Arbeitgeber, "daß er bei allen seinen Maßnahmen, auch soweit er Rechte ausübt, auf das Wohl seines Arbeitnehmers Bedacht nimmt" (33), so ist damit eine Verknüpfung von Rechtsausübung und Rücksichtspflicht hergestellt, die der Grundidee der Fürsorgepflicht entspricht.

2. Die Zumutbarkeit als subjektive Voraussetzung

Liegen bis hierher die geprüften objektiven Voraussetzungen vor, so ist damit eine grundsätzliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für ein berechtigtes Bedürfnis des Arbeitnehmers begründet, die aber noch nicht automatisch zu einer konkreten Pflicht im Einzelfall führt.

Erst die Prüfung weiterer, subjektiver Voraussetzungen entscheidet darüber, ob dem Arbeitgeber in Erfüllung seiner generellen Pflicht auch eine bestimmte Fürsorgemaßnahme obliegt, ob also der zuvor prinzipiell anerkannte Anspruch des Arbeitnehmers auch konkret ge-

32) oben S. 19

33) BAG AP Nr. 6 zu § 611 Fürsorgepflicht unter Bezugnahme auf
BAG AP Nr. 3 zu § 611 Fürsorgepflicht

geben ist.

Subjektives Tatbestandsmerkmal für die Anerkennung einer konkreten Verpflichtung des Arbeitgebers ist in erster Linie die Zumutbarkeit der erstrebten Maßnahme. Zumutbarkeit (34) bedeutet ein unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des jeweiligen Falles zu gewinnendes Gesamturteil darüber, ob für den Arbeitgeber ein bestimmtes Tun oder Unterlassen tragbar ist, also eine Ausformung seiner grundsätzlich bestehenden Fürsorgepflicht. Die Funktion des Zumutbarkeitsgedankens besteht darin, eine unverhältnismäßige Überstrapazierung der Fürsorgepflicht zu verhindern, was wiederum ihrer Grundidee entspricht. Von dieser Funktion des Zumutbarkeitsgedankens geht auch die Rechtsprechung des BAG aus (35). Objektive Kriterien für die Feststellung der Zumutbarkeit sind einmal die tatsächliche Möglichkeit, die geforderte Fürsorgemaßnahme erbringen zu können (36) und zum anderen die Üblichkeit der geforderten Maßnahme (37). Doch zwingt weder eine festgestellte tatsächliche Möglichkeit noch die Üblichkeit bestimmter Maßnahmen zu dem Schluß, deren Zumutbarkeit zu bejahen. Diese objektiven Kriterien sind nur Indizien.

Maßgebendes Kriterium der Zumutbarkeitsprüfung ist die Gegenüberstellung und Abwägung der beiderseitigen Interessen (38). Auch dies ergibt sich aus der Grundidee der Fürsorgepflicht, die darin besteht, die im Arbeitsleben jeweils konkret und individuell auftretenden Konfliktsituationen auszugleichen. In dieser Feststel-

34) vgl. Staudinger-Weber, § 242 B a ff

35) z. B. BAG AP Nr. 26 und 75 zu § 611 Fürsorgepflicht

36) z. B. BAG AP Nr. 26 zu § 611 Fürsorgepflicht

37) z. B. BAG AP Nr. 1 zu § 611 Parkplatz

38) so ausdrücklich BAG AP Nr. 1 zu § 611 Fürsorgepflicht
vgl. ferner AP Nr. 75 zu § 611 Fürsorgepflicht

lung liegt kein Widerspruch zu den obigen Ausführungen (39). Ein aus der Fürsorgepflicht abgeleiteter objektiver Rechtsanspruch hängt wie jeder andere Anspruch auch vom Vorliegen subjektiver Voraussetzungen ab. Nur darf nicht übersehen werden, daß für eine Interessenabwägung erst dann Raum ist, wenn die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind.

Der Interessenvergleich erfolgt durch Gegenüberstellung des anerkannten Bedürfnisses des Arbeitnehmers an einem bestimmten Verhalten des Arbeitgebers und dem entgegengesetzten Interesse des Arbeitgebers, dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nachkommen zu müssen. Dieser Interessenausgleich fordert eine Bewertung des Arbeitnehmerbedürfnisses, wobei die Intensität seiner Beeinträchtigung oder Gefährdung festgestellt wird. Ferner gehört auch hierzu die Prüfung, ob die erstrebte Maßnahme auch geeignet ist, der Gefahr oder Beeinträchtigung abzuhelpen, denn an einer wirkungslosen, die Beeinträchtigung seiner Belange nicht beseitigenden Maßnahme hat der Arbeitnehmer kein schutzwürdiges Interesse.

D. Die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage für Sonderurlaub

Zu Beginn dieses Kapitels wurde aufgezeigt, daß sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur ein Rechtsanspruch auf Gewährung von Sonderurlaub auf Grund der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers überwiegend grundsätzlich anerkannt ist. Im folgenden wurde dargestellt, unter welchen Voraussetzungen die Fürsorgepflicht im Einzelfall als Anspruchsgrundlage anwendbar ist. Jetzt kann unter Berücksichtigung dieser Grundlagen versucht werden, die hier gestellte Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen ein konkret auf Gewährung von Sonderurlaub gerichtetes Begehren des Arbeitnehmers rechtlich durchsetzbar ist.

I. Sonderurlaub in unmittelbarer Beziehung zum Arbeitsverhältnis

Eine zunächst grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zu einem

bestimmten Verhalten kann nur bestehen, wenn das Begehren des Arbeitnehmers in unmittelbarer Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht. Verlangt er Sonderurlaub, so ist diese Voraussetzung unproblematisch regelmäßig ergeben. Ein Verlangen nach Sonderurlaub ist ja gerade durch die Existenzen eines Arbeitsverhältnisses bedingt. Es bedeutet eine Befreiung von der aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Hauptpflicht des Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Eine unmittelbarere Beziehung zum Arbeitsverhältnis ist nicht denkbar.

II. Sonderurlaub als notwendiges Bedürfnis

Schon problematischer ist das Erfordernis eines notwendigen Bedürfnisses des Arbeitnehmers. Ein solches Bedürfnis setzt voraus, daß der Arbeitnehmer nur mit Hilfe einer Befreiung von der Arbeitspflicht in die Lage versetzt wird, eine seinen Rechtsgütern oder berechtigten Interessen drohende Gefahr oder Beeinträchtigung abzuwehren.

1. Das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses bringt einen Verzicht auf die völlig freie Gestaltung des persönlichen Lebens mit sich. Damit ist der Interessenkonflikt - freie Entfaltung der Persönlichkeit einerseits und Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung andererseits - vorgegeben. Regelmäßig wird deshalb ein Interesse des Arbeitnehmers an einer Freistellung in seinem Persönlichkeitsrecht wurzeln. Der aus diesem Recht abgeleitete Grundgedanke der Achtung vor der Würde des Menschen und der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit durchzieht das Arbeitsrecht mit immer stärkerer Ausprägung und verpflichtet den Arbeitgeber zu einer die menschliche Persönlichkeit des Arbeitnehmers achtenden und fördernden Fürsorge. Diese kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, daß die Arbeitnehmervertretungen sich nicht mehr damit begnügen, nur immer mehr Lohn zu fordern, sondern sich bemühen, auch die übrigen Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit, Urlaubsdauer, Verhältnisse am Arbeitsplatz usw. zu verbessern, um der Würde des Menschen auch im Arbeitsleben mehr Geltung zu verschaffen. Als Beispiele seien die richtungsweisenden Tarifaufinandersetzungen

in der metallverarbeitenden Industrie im Tarifbezirk Nord-Württemberg - Nord-Baden im Jahre 1973, das Bestreben nach Einführung eines Bildungsurlaubs, sowie die in immer mehr Mantel- oder Rahmentarifverträgen normierten Freistellungsansprüche für bestimmte Anlässe (40) genannt.

Dennoch darf nicht übersehen werden, daß die in der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung liegende Beschränkung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeit grundsätzlich mit dem Hinweis auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden kann. Als Ausnahme von diesem Grundsatz wurde bereits auf die sog. überobligationsmäßige Schwierigkeit hingewiesen, die regelmäßig dann vorliegen wird, wenn unverzichtbare Persönlichkeitsinhalte aufgegeben werden müßten. In diesen Fällen entfällt die Arbeitspflicht, ohne daß es einer Freistellung bedarf (41).

Ein Bedürfnis nach Freistellung kann deshalb überhaupt nur dann bestehen, wenn keine unverzichtbaren Rechte auf dem Spiele stehen. Deren Beachtlichkeit wiederum ist die Folge der oben aufgezeigten rechtspolitischen Entwicklung.

2. Ein demnach regelmäßig im Persönlichkeitsbereich des Arbeitnehmers wurzelndes Freistellungsbedürfnis setzt eine Beeinträchtigung oder Gefährdung berechtigter Interessen voraus, was immer dann bejaht werden kann, wenn ein schwerwiegender Nachteil droht. Als solcher ist er dann beachtlich, wenn er objektiv, wenn auch auf den Einzelfall abgestellt, materiell oder ideell als schwerwiegend zu bezeichnen ist. So kann etwa ein Arbeitnehmer, der sich gern ein interessantes Fußballspiel angesehen hätte, zu dieser Zeit aber arbeiten muß, nicht auf sein Recht auf freie Entfaltung der Per-

40) vgl. Überblick bei Clasen, DB 74, 27 f

41) oben S. 5 f

sönlichkeit berufen und für diese Zeit Freistellung verlangen. May der Verzicht auf das Spiel für ihn als Fußballanhänger auch ängstlich sein, einen schwerwiegenden Nachteil hat dieser Verzicht für ihn jedenfalls nicht zur Folge.

Der Nachteil muß dem Arbeitnehmer oder zu ihm in enger persönlicher Bindung stehender Personen drohen. Diese Ausweitung des Schutzbereichs der allgemeinen Fürsorgepflicht auf nahestehende Personen ist durch deren Grundidee geboten. Wenn auch der Arbeitgeber grundsätzlich nur seinem Arbeitnehmer Fürsorge schuldet, so darf doch nicht übersehen werden, daß das Arbeitsverhältnis auch auf andere Personen ausstrahlt. Normalerweise ist jeder Mensch in die von der Struktur unserer Gesellschaftsordnung vorgegebenen Umweltbeziehungen eingebunden, woraus wiederum für den Einzelnen Verantwortlichkeiten gegenüber dritten Personen erwachsen. Aus der Erstreckung der Fürsorgepflicht auf diesen Bereich folgt keine Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für deren Interesse, wohl aber die Verpflichtung, solche - für ihn erkennbaren - Umstände zu berücksichtigen.

Ein von unserer Rechtsordnung anerkannter und grundgesetzlich geschützter Bereich ist die Familie (Art. 6 GG). Es entspricht deshalb einer allgemeinen sozialen Grundanschauung, daß ein Bedürfnis nach Gewährung von Sonderurlaub auch dann anzuerkennen ist, wenn andernfalls nahen Familienangehörigen ein schwerwiegender Nachteil droht (42).

Der Arbeitnehmer hat weiter nachzuweisen, daß er ohne Gewährung von Sonderurlaub nicht in der Lage ist, den drohenden schweren Nachteil abzuwenden.

42) Bei einer derartigen Fallgestaltung kann aber im Einzelfall die Arbeitspflicht auch entfallen, ohne daß es einer Freistellung bedarf, vgl. oben S. 5 f

- a) Die grundsätzliche Eigenverantwortlichkeit verpflichtet den Arbeitnehmer, rechtzeitig Vorsorge zu treffen, sobald für ihn der Eintritt einer Konfliktsituation vorhersehbar wird. Begehrt er Sonderurlaub, obwohl er bei rechtzeitiger Vorsorge seine Interessen auch auf andere Weise hätte wahren können, muß ihm der Anspruch versagt werden, denn ihm obliegt ebenso wie dem Arbeitgeber die Verpflichtung alles zu tun, um den Vertragspartner vor einer übermäßigen und vor allem vermeidbaren Beanspruchung zu bewahren.
- b) Aus dieser Verpflichtung zur Selbstfürsorge folgt weiter, daß ein Anspruch auf Sonderurlaub immer dann ausscheidet, wenn der Arbeitnehmer seine Interessen außerhalb der Arbeitszeit wahrnehmen kann, ohne daß dies schlechterdings unzumutbar wäre.

Der hier erstmals auftauchende Begriff der Unzumutbarkeit verdeutlicht, daß bei der Ermittlung dieser Voraussetzung ein subjektives Moment hereinspielt und sich deshalb objektive Kriterien für eine Grenzziehung nur schwer ermitteln lassen. Eine taugliche Orientierungshilfe kann die Zeit sein, die der Arbeitnehmer von seiner Freizeit opfern muß. Wenn die zeitliche Inanspruchnahme einen wesentlichen Teil der Freizeit umfaßt und über einen längeren Zeitraum hinweg andauert und dadurch eine Beeinträchtigung seiner im Betrieb zu erbringenden Arbeitsleistung zumindest zu befürchten ist, wird man Unzumutbarkeit bejahen können. Ist die Wahrung der Interessen durch beauftragte Dritte möglich, so hat der Arbeitnehmer diesen Weg zu wählen, es sei denn, daß dies unverhältnismäßig hohe und nicht tragbare finanzielle Aufwendungen erfordert.

- c) Ebenfalls an dieser Stelle zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer auf den diesem zustehenden Erholungsurlaub verweisen kann. Diese Frage kann sich zwangsläufig nur dann stellen, wenn der Erholungsurlaub noch nicht eingebracht

worden ist.

aa) In der arbeitsrechtlichen Literatur wird ein Recht des Arbeitgebers, einen Sonderurlaub einseitig auf den Erholungsurlaub anzurechnen, allgemein verneint (43). Begründet wird diese Ansicht mit der unterschiedlichen Zweckbestimmung. Nach heute unbestrittener Ansicht dient der Erholungsurlaub der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit und der Arbeitskraft des Arbeitnehmers (44). Demgegenüber dient der Sonderurlaub dem Zweck, den Arbeitnehmer vor drohenden Nachteilen zu bewahren. Sonderurlaub und Erholungsurlaub sind demnach verschiedene, in keinem inneren Zusammenhang stehende Berechtigungen des Arbeitnehmers. Diese Begründung kann auch herangezogen werden zur Beantwortung der Frage, ob ein noch bestehender Anspruch auf Erholungsurlaub einem Anspruch auf Sonderurlaub entgegensteht. Um dem Sinn und Zweck des Erholungsurlaubs gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch als zwingendes, unabdingbares Recht ausgestaltet (45). Das gleiche gilt für tariflichen Mehrurlaub, auf welchen gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich verzichtet werden kann.

Mit diesen Regelungen hat der Gesetzgeber deutlich zum

43) vgl. Bobrowski-Gaul IV F S. 384

§ Höhne, BB 54, 1066

Natzel, § 1 Anm. 16

Gros, AR-Blattei, D-Blatt Urlaub, V A, CIII

44) Nikisch Bd. I, S. 520 f

Bobrowski-Gaul, IV F S. 327 f

Stahlhacke, § 1 Anm. 2

Dersch-Neumann § 1 Anm. 65

Schelp-Herbst, § 1 Anm. 9

BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht

45) § 13 Abs. 1 BUrlG

Ausdruck gebracht, daß der Arbeitnehmer ein unabdingbares Recht auf Erholungsurlaub hat. Deshalb kann dieses Recht einem Anspruch auf Sonderurlaub nicht entgegenstehen. Würde man dem Arbeitgeber das Recht zubilligen, den Arbeitnehmer auf seinen Erholungsurlaub zu verweisen, wenn er ein berechtigtes Interesse an einer Freistellung hat, so hieße dies, die gesetzlichen Urlaubsregelungen umgehen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Arbeitnehmer mit dem beantragten Sonderurlaub Erhaltung oder Wiederherstellung seiner Gesundheit und Arbeitskraft bezweckt. Dann aber besteht schon deshalb kein Anspruch, weil der Arbeitnehmer daran kein berechtigtes Interesse haben kann, da ihm zu diesem Zweck der Erholungsurlaub zusteht.

- bb) Nichts anderes kann grundsätzlich gelten, wenn einzelvertraglich Mehrurlaub vereinbart ist, für den die oben genannten Beschränkungen nicht gelten. Dieser Mehrurlaub ist zwar abdingbar, der Arbeitgeber kann aber den Arbeitnehmer auch insoweit nicht ohne weiteres auf den Erholungsurlaub verweisen, da dies einer unzulässigen einseitigen Aufhebung eines vertraglich vereinbarten Anspruchs gleichkommen würde.
- cc) Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Der frei vereinbarte Mehrurlaub unterliegt nicht der strengen Schutzbestimmung des § 13 Abs. 1 BUrlG oder des § 4 Abs. 4 S. 1 TVG, sondern ausschließlich der Dispositionsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien. Seine Gewährung stellt eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar, der in aller Regel keine unmittelbare Gegenleistung des Arbeitnehmers gegenübersteht.

Dieser unterschiedliche Ausgangspunkt im Vergleich zum gesetzlichen oder tariflichen Mindesturlaub rechtfertigt ein Verweisungsrecht des Arbeitgebers auf den Mehr-

urlaub jedenfalls dann, wenn dadurch dessen Zweckbestimmung nicht vereitelt oder wesentlich beeinträchtigt wird, wenn also der mit dem beantragten Sonderurlaub verfolgte Zweck sich mit dem Erholungszweck des Mehrurlaubs vereinbaren läßt.

Dies entspricht einer wohlverstandenen Bedeutung der Fürsorgepflicht, die überstrapaziert würde, wollte man dem Arbeitgeber dieses Recht versagen und dem Arbeitnehmer einen Sonderurlaubsanspruch zubilligen, obwohl er im Ergebnis der Gewährung eines zusätzlichen Mehrurlaubs gleichkäme.

Das könnte beispielsweise der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer einen kranken Familienangehörigen aus medizinisch-therapeutischen oder psychologischen Gründen zu einem längeren Sanatoriumsaufenthalt begleiten muß. Bei dieser oder einer vergleichbaren Fallgestaltung, bei der dem Arbeitnehmer neben der eigentlichen Zweckverfolgung genügend Zeit zur eigenen Erholung verbleibt, muß sich dieser somit auf den ihm vereinbarungsgemäß zustehenden Mehrurlaub verweisen lassen.

5. Zusammenfassend ist festzustellen, daß bei einem auf Gewährung von Sonderurlaub gerichteten Begehren der objektive Tatbestand der Fürsorgepflicht den Nachweis eines drohenden schwerwiegenden Nachteils und das Unvermögen zur Selbstfürsorge oder anderweitiger Vorsorge voraussetzt. Dies mag an Hand einiger Beispiele veranschaulicht werden.

- a) Vor allem in ländlichen Regionen ist nicht selten zu beobachten, daß Arbeitnehmer in der Erntezeit Sonderurlaub verlangen, um im heimischen Landwirtschaftsbetrieb bei der Einbringung der Ernte helfen zu können. Dieses Begehren kann nicht mit der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht begründet werden. Wenn auch eine Beeinträchtigung oder gar Gefährdung berech-

tigter Interessen zu bejahen ist, so scheitert der Anspruch an der Verpflichtung zur Selbstfürsorge. Diesen Arbeitnehmern ist es möglich, auch ohne Gewährung von Sonderurlaub ihre Interessen zu wahren, notfalls durch Einstellung von Hilfskräften. Das erscheint nicht unzumutbar, da der Eintritt der Konfliktsituation vorhersehbar war und rechtzeitig Vorsorge hätte getroffen werden können. Eine Abwägung mit dem Interesse des Arbeitgebers braucht nicht vorgenommen zu werden.

- b) Eine ähnliche Fallkonstellation hat in den letzten Jahren durch die Tätigkeit ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik zunehmend an Bedeutung gewonnen. Weil Gastarbeiter ihren Urlaub bei der Familie im Heimatland verbringen wollen, werden Arbeitgeber häufig mit dem Verlangen nach zusätzlichem Urlaub konfrontiert. Berücksichtigt man die oftmals sehr lange Reisezeit und die monatelange Trennung von zu Hause, so erscheint der Wunsch nach zusätzlicher Freistellung nicht unverständlich. Die lange Reisezeit verkürzt den Erholungsurlaub faktisch nicht unerheblich, eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen ist zu bejahen. Im Gegensatz zum obigen Fall indes bestehen hier keine Möglichkeiten, der Beeinträchtigung auf andere Weise zu begegnen. Das Interesse der Arbeitnehmer kann nur durch Gewährung von Sonderurlaub gewahrt werden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, sie müßten ihren Urlaub ja nicht in der Heimat verbringen. Jedem Arbeitnehmer steht auf Grund seines Persönlichkeitsrechts die freie Wahl seines Urlaubsortes zu, zumal dann, wenn der Urlaub ein Wiedersehen mit der Familie ermöglichen soll. Dennoch ist ein Anspruch hier deswegen zu verneinen, weil diese Probleme bei Eingehung der Arbeitsverhältnisse bekannt und die Konfliktsituation für die Arbeitnehmer vorhersehbar war. Sie müssen sich vorhalten lassen, deswegen kein schutzwürdiges Bedürfnis zu haben. Ihnen bleibt nur der Weg offen, durch einverständliche Regelung mit dem Arbeitgeber eine allen Seiten gerecht werdende Lösung zu erzielen. Einer Abwägung mit dem Interesse des Arbeitgebers bedarf es auch hier nicht.

III. Die Zumutbarkeit als subjektive Anspruchsvoraussetzung

Die subjektive Voraussetzung für den Anspruch auf Sonderurlaub ist erfüllt, wenn die erstrebte Maßnahme dem Arbeitgeber zumutbar ist.

Es versteht sich von selbst, daß immer dann, wenn über die Anerkennung eines Anspruchs ein Vergleich gegenseitiger Interessen entscheidet, eine erschöpfende Aufzählung aller denkbaren Fälle unmöglich ist und auch bereits der Versuch zu einer unüberschaubaren Kasuistik führen muß. Es kann deshalb nur versucht werden, einige Grundsätze aufzuzeigen, die nach der Verkehrsanschauung im Arbeitsleben anerkannt sind und hier für die endgültige Beurteilung von Bedeutung sind.

Auf Seiten des Arbeitnehmers kommt es entscheidend auf eine Bewertung seines Bedürfnisses an. Dieses wird umso größer sein, je bedeutender das Interesse, je intensiver die Beeinträchtigung oder Gefährdung und je größer der bei Nichtabwendung der Gefährdung drohende Nachteil ist. Hat der Arbeitnehmer sein Interesse an der Gewährung von Sonderurlaub durch Nachweis der erforderlichen Voraussetzungen dargetan, ist ihm ein entsprechender Rechtsanspruch zuzubilligen, wenn nicht der Arbeitgeber seinerseits ein höherrangiges Interesse an der Erbringung der Arbeitsleistung nachweisen kann. Es entspricht der Grundidee der Fürsorgepflicht, daß nicht jedes, wenn auch anerkennenswertes Interesse des Arbeitnehmers ein Recht auf Sonderurlaub begründet, sondern nur dann, wenn diesem im Vergleich mit dem Arbeitgeberinteresse ein höherer Rang zukommt.

Der Grundidee entspricht es auch, daß beachtliche Interessen des Arbeitgebers immer nur betriebliche Interessen sein können. Darüber hinausgehende persönliche Interessen resultieren nicht aus dem Arbeitsverhältnis und sind deswegen der Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers entzogen.

Zahlreiche Faktoren beeinflussen das Maß des Interesses an der Erbringung der Arbeitsleistung.

1. Das größte Gewicht kommt dabei der Stellung und Funktion des betreffenden Arbeitnehmers zu. Eine hochqualifizierte Fachkraft wird

kurzfristig immer schwerer zu ersetzen sein als ein ungelernter Arbeiter, der auf seinem Arbeitsplatz ohne besonderen Aufwand austauschbar ist. Die Entscheidung über die Frage der Zumutbarkeit muß schon deshalb dem jeweiligen Einzelfall vorenthalten bleiben.

2. Neben der persönlichen Stellung und Funktion des Arbeitnehmers werden auch betriebliche Umstände nicht außer Betracht bleiben können. Hierher zu zählen sind beispielsweise die Art und Größe des Betriebes. Ein Unternehmen mit Hunderten von Beschäftigten wird ohnehin Ausfälle etwa durch Krankheit in seine Kalkulation einbeziehen und deshalb vorübergehend freigestellte Arbeitnehmer leichter ersetzen können als ein Kleinbetrieb. Dies gilt auch für aufgrund ihrer Funktion an sich schwerer ersetzbare Arbeitskräfte.

Auch die konkrete Auftragslage spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle. Zu Zeiten der Hochkonjunktur bei voller Auslastung der Kapazitäten und einem Überangebot an Arbeitsplätzen wird ein Ausfall schwerer wiegen als bei schlechter Auftragslage.

Ebenfalls hier zu berücksichtigen sind Ausfälle in der Belegschaft durch Krankheit oder Urlaub sowie die Dauer des beantragten Sonderurlaubs.

3. Eine besondere Rolle können unter Umständen auch Persönlichkeitsrechte anderer Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers spielen, nämlich dann, wenn deren Interessen durch eine Freistellung unmittelbar berührt werden. Denkbar wäre das beispielsweise, wenn bedingt durch die Freistellung einem anderen Arbeitnehmer ein bereits beantragter Erholungsurlaub nicht gewährt werden kann, oder wenn Dritte mit zusätzlicher Arbeit belastet werden müssen, weil der Ausfall auf andere Weise nicht ausgeglichen werden kann. Solchermaßen durch eine Freistellung bedingte unmittelbare Auswirkungen auf Dritte sind im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Der Arbeitgeber ist allen seinen Beschäftigten gegenüber gleichermaßen zur Fürsorge verpflichtet; das impliziert die Feststellung, daß der Arbeitgeber die Folgen einer Freistellung nicht auf andere

abwälzen darf, er andererseits aber ein betriebliches Interesse geltend machen kann, wenn das nicht vermeidbar ist.

E. Lohnfortzahlung während des Sonderurlaubs

Bei dem vorstehend untersuchten Problem eines Rechtsanspruchs auf Sonderurlaub blieb die Frage der Lohnfortzahlung unerörtert, weil dieser Anspruch eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegt und deshalb ohne Einfluß auf den Freistellungsanspruch ist. Es bleibt zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen während eines Sonderurlaubs ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht.

1. Aus der in § 611 BGB verankerten synallagmatischen Verknüpfung von Arbeitsleistung und Lohnzahlung folgt der im Arbeitsrecht geltende, dem schuldrechtlichen Grundsatz "ohne Leistung keine Gegenleistung" (vgl. § 323 BGB) entsprechende Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn". Trotz Nichtleistung der Arbeit besteht deshalb ein Lohnanspruch immer nur dort, wo der Gesetzgeber eine Durchbrechung dieses Grundsatzes normiert hat. Für den Fall der Krankheit sind dies die §§ 616 Abs. 2 BGB, 1 LohnFG und einige Sondervorschriften für besondere Arbeitnehmergruppen, sowie für den Fall des Annahmeverzuges der § 615 BGB. Ein Lohnanspruch während eines Sonderurlaubs könnte sich aus § 616 Abs. 1 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift, die für alle Dienstverpflichteten Anwendung findet, soweit nicht Sondertatbestände eingreifen, behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, d. h. wenn ein Arbeitnehmer Anspruch auf Sonderurlaub hat und dieser nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit währt, besteht auch ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes. Diese Vorschrift ist eine Ausnahmeregelung, die einen an sich nicht bestehenden Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den besonderen Fall kurzfristiger Arbeitsverhinderung aus sozialen Gesichtspunkten gewährt. Der Sinn dieser Vorschrift ist in einem von der allgemeinen Vor-

schrift des § 323 BGB unabhängigen Fürsorgegedanken zu finden (46). Im Rahmen dieser Regelung kommen daher im wesentlichen die selben Erwägungen zum Tragen wie bei der Prüfung eines Freistellungsanspruchs. Ein Lohnfortzahlungsanspruch aus § 616 Abs. 1 BGB setzt einen Anspruch auf Sonderurlaub (47) voraus, umgekehrt ist deshalb die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers die zwangsläufige Rechtsfolge bei anerkanntem kurzfristigen Sonderurlaub. Über diese Vorschrift hinaus, etwa unter Berufung auf die allgemeine Fürsorgepflicht, besteht kein Lohnanspruch, weil § 616 Abs. 1 BGB bereits konkreter Ausfluß des Fürsorgegedankens ist.

2. Nicht absolut entschieden werden kann die Frage, wann eine Zeit verhältnismäßig nicht erheblich ist. Die Verhältnismäßigkeit bezieht sich auf das Arbeitsverhältnis, § 616 Abs. 1 BGB berücksichtigt deshalb nur Verhinderungen von "verhältnismäßig", d. h. im Verhältnis zu der vertragsmäßigen Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht erheblicher Dauer (48). Wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Arbeitsverhältnisse ist es unmöglich, die Zeit näher zu bestimmen, welche als nicht erheblich zu gelten hat. Der Gesetzgeber glaubte diese Entscheidung ohne Gefahr dem Richter überlassen zu können (49).

Dieser unklaren und deshalb auch unbefriedigenden gesetzlichen Regelung haben die Tarifvertragsparteien weitgehend Rechnung getragen. In vielen Tarifverträgen sind Regelungen enthalten, die je nach Anlaß der Freistellung Lohnfortzahlung von einem Tag bis zu vier Tagen gewähren (50).

46) BAG - Urteil vom 24.2.1955 in BAG E 1, 338

47) oder den Wegfall der Arbeitspflicht ipso iure auf Grund einer überobligationsmäßigen Schwierigkeit, vgl. oben S. 5 f

48) vgl. Großer Senat des BAG in BAG E 8, 314 (324)

49) Motive zu § 562 BGB Entwurf, Amtliche Ausgabe, Bd. 2, S. 463

50) vgl. die Übersicht von Clasen, DB 74, 27 f

Als Beispiel für eine gesetzliche Regelung, die hier herangezogen werden kann, sei der § 185 c RVO erwähnt, der dem Versicherten Anspruch auf Pflege - Krankengeld für längstens fünf Arbeitstage im Kalenderjahr für jedes Kind gewährt.

Diese Vorschrift regelt einen dem § 616 Abs. 1 BGB vergleichbaren sozialen Tatbestand. Es ist deshalb gerechtfertigt einem Arbeitnehmer, der wegen notwendiger Betreuung eines kranken Kindes oder eines sonstigen nahen Angehörigen Sonderurlaub beanspruchen kann, auch einen Lohnfortzahlungsanspruch bis zu fünf Tagen zuzubilligen (51).

3. Für einen länger währenden Sonderurlaub besteht mangels gesetzlicher Regelung nie ein Anspruch auf Lohnfortzahlung, auch nicht für die nicht erhebliche Zeit (52).

Soweit Tarifverträge abschließende Regelungen enthalten, die zwar regelmäßig nur als "Freistellungsregelungen" bezeichnet sind, aber auch einen Lohnanspruch für konkret bezeichnete Anlässe gaben, ist die dispositive Vorschrift des § 616 Abs. 1 BGB abbedungen mit der Folge, daß für Sonderurlaub zu anderen Zwecken als den ausdrücklich genannten kein Lohnanspruch besteht.

F. Zusammenfassung und Ergebnis

Aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist ein Rechtsanspruch auf Gewährung von Sonderurlaub ableitbar, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

51) Soweit ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf bezahlte Freistellung besteht, geht § 616 Abs. 1 BGB der Vorschrift des § 185 c RVO vor: so mit zutreffender Begründung BAG NJW 1978, 2316 f

52) wie Fußnote 48

1. Der Arbeitnehmer muß ein entsprechendes Bedürfnis nachweisen. Ein solches ist dann zu bejahen, wenn ihm durch das Festhalten an der Arbeitspflicht ein schwerwiegender Nachteil droht, der für ihn nicht vorhersehbar war, und der deshalb nur mit Hilfe von Sonderurlaub in der Lage ist, die eingetretene konkrete Konfliktsituation zu bewältigen.
2. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Freistellung muß höherrangiger als das entgegenstehende Interesse des Arbeitgebers sein.
3. Die Dauer des Sonderurlaubs spielt grundsätzlich keine Rolle. Sie kann nur im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sein.
4. Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht während eines Sonderurlaubs nur im Rahmen des § 616 Abs. 1 BGB, wenn diese Vorschrift nicht in einem einschlägigen Tarifvertrag abgedungen ist.

Drittes Kapitel

Die Verwirklichung des Anspruchs auf Sonderurlaub

Nach der grundsätzlichen Anerkennung eines Rechtsanspruchs auf Sonderurlaub auf Grund der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers soll nunmehr nachfolgend die für die arbeitsrechtliche Praxis wichtige Frage behandelt werden, wie dieser Anspruch verwirklicht werden kann.

I. Erfordernis von Antragstellung und Freistellungserklärung

Es gehört zum Wesensmerkmal des Sonderurlaubs, daß die Arbeitsbefreiung erst eintritt, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag gestellt und der Arbeitgeber diesem Antrag stattgegeben hat. Dadurch wird der Sonderurlaub abgegrenzt von denjenigen Arbeitsbefreiungen, bei denen der Arbeitnehmer ohne Antrag und ohne Erklärung des Arbeitgebers von der Arbeitspflicht entbunden wird (1).

Entfällt somit die Arbeitspflicht beim Sonderurlaub nicht ipso iure, so berechtigt ein bestehender Freistellungsanspruch den Arbeitnehmer nicht, von sich aus ohne weiteres der Arbeit fern zu bleiben. Ein schuldrechtlicher Anspruch bewirkt noch keine Rechtsänderung im Sinne der Rechtsgeschäftslehre, vielmehr ist hierfür die Erfüllung (2) durch den Schuldner erforderlich.

II. Antrag des Arbeitnehmers

1. Notwendiger Inhalt des Antrages

Zur Gewährung des Sonderurlaubs ist der Arbeitgeber grundsätzlich

1) siehe oben S. 5 f

2) vgl. hierzu unten S. 51 f

nur dann verpflichtet, wenn ein dahin gehender Anspruch geltend gemacht, also ein entsprechender Antrag gestellt wird (3).

Der Antrag - eine bestimmte Form ist nicht erforderlich - muß alle wesentlichen Angaben enthalten, aus denen der Arbeitgeber die Berechtigung des Anspruchs ersehen kann. Ihm sind insbesondere Anlaß, Zeitpunkt, Dauer und Zweck des begehrten Sonderurlaubs sowie alle weiteren Umstände mitzuteilen, die für eine Entscheidung über den Antrag von Bedeutung sind. Soweit es dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist, kann von ihm die Beibringung von Unterlagen verlangt werden, aus denen sich die Richtigkeit der vorgetragenen Tatsachen ergibt. Er hat nämlich den Nachweis für die Richtigkeit seiner Behauptungen zu führen, da sie eine für ihn günstige Rechtsfolge bewirken.

2. Ausnahme vom Erfordernis der Antragstellung

Es sind durchaus nicht selten Fälle denkbar, in denen sich ein Arbeitnehmer unvorhergesehen einer Situation gegenüber sieht, die eine Freistellung erforderlich macht, der Arbeitgeber aber aus Zeitgründen nicht mehr verständigt werden kann.

Hier stellt sich die Frage, ob in solchen Ausnahmesituationen auch ohne Freistellungserklärung der Sonderurlaub angetreten werden darf.

In der Literatur wird dieses Problem auch von denjenigen Autoren, die einen Rechtsanspruch auf Sonderurlaub grundsätzlich anerkennen, nicht gesehen. Lediglich Höhne (4) gesteht dem Arbeitnehmer das

3) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 458
Höhne, BB 54, 1065

4) Höhne, BB 54, 1065

Recht zu, den Sonderurlaub ohne Zustimmung des Arbeitgebers anzutreten, wenn eine gerichtliche Geltendmachung infolge Zeitmangels nicht möglich sei.

In der Rechtsprechung hat das LAG Baden-Württemberg die Meinung vertreten, der Arbeitnehmer dürfe bei gerechtfertigtem Bedarf auch ohne vorherige Zustimmung den Sonderurlaub antreten, wenn es ihm den Umständen nach im einzelnen Fall nicht zuzumuten sei, die vorherige Genehmigung einzuholen (5).

Dieser Ansicht kann im Ergebnis, wenn auch nur mit einer gewissen Einschränkung zugestimmt werden.

Da ein Sonderurlaub zwingend eine Freistellung durch den Arbeitgeber voraussetzt und sich der Arbeitnehmer nicht selbst von seiner Arbeitspflicht entbinden kann, geht er ein nicht unerhebliches Risiko ein, wenn er dennoch der Arbeit fernbleibt. Dieses Verhalten ist zunächst objektiv als Pflichtverletzung zu werten. Will er verhindern, daß der Arbeitgeber daraus für ihn nachteilige Konsequenzen zieht, muß er zum ehestmöglichen Zeitpunkt die nachträgliche Genehmigung für sein Fernbleiben einholen. Er muß darlegen, warum ihm die vorherige Antragstellung unmöglich war und der Arbeitgeber die Freistellung hätte gewähren müssen.

Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist es mit dem Grundgedanken der Fürsorgepflicht vereinbar, dem Arbeitgeber die Pflicht zur nachträglichen Genehmigung aufzuerlegen.

Durch diese Einschränkung wird das Recht des Arbeitnehmers zur eigenmächtigen Freistellung in Ausnahmefällen nicht beschnitten, sie hilft aber einen Mißbrauch dieses Rechts zu verhindern. Der Arbeitgeber kann im Nachhinein überprüfen, ob sich der Arbeitneh-

5) Kammer Stuttgart, ARSt 1964, 1. Bd., S. 182, Nr. 242 Leitsatz III

mer in einer Zwangssituation befand und diese auf andere Weise nicht bewältigt werden konnte.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist es mit dem Grundgedanken der Fürsorgepflicht vereinbar, dem Arbeitgeber die Pflicht zur nachträglichen Genehmigung der Freistellung aufzuerlegen. Eine Überspannung der Fürsorgepflicht ist nicht zu befürchten, weil der Arbeitnehmer die Folgen seines Fernbleibens von der Arbeit zu vertreten hat, wenn sich erweisen sollte, daß der Sonderurlaub berechtigterweise hätte verweigert werden dürfen (6).

III. Freistellung durch den Arbeitgeber

In tatsächlicher Hinsicht dürften sich keine nennenswerten Probleme ergeben, wenn dem Verlangen des Arbeitnehmers entsprochen und die begehrte Freistellung gewährt wird.

Die Erklärung kann ebenso formlos erfolgen wie die Stellung des Antrags, sie muß aber den genauen Zeitpunkt und die Dauer der Freistellung enthalten. Eine Begründung ist nur erforderlich, wenn dem Antrag nicht in vollem Umfang entsprochen wird, wenn also der Arbeitgeber entweder mit dem gewählten Zeitpunkt oder/und mit der geforderten Dauer nicht einverstanden ist.

Weniger problemlos gestaltet sich die Urlaubserteilung in rechtlicher Hinsicht.

1. Fälligkeit und Erfüllung des Freistellungsanspruchs

Nach heute einhelliger Ansicht erfolgt die Erteilung von Erho-

6) vgl. dazu unten S. 64 f

lungsurlaub durch eine Willenserklärung des Arbeitgebers (7). Entsprechendes gilt auch für den Sonderurlaub, da insoweit die gleiche Ausgangsposition gegeben ist.

Eine verbreitete Literaturmeinung sieht mit dem Zugang dieser Willenserklärung des Arbeitgebers die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs herbeigeführt (8). Darunter versteht man aber - worauf Nikisch zu Recht hinweist (9) -, daß der Gläubiger die Leistung als eine jetzt zu erbringende verlangen kann. Demgegenüber hat der Arbeitgeber mit Zugang seiner Willenserklärung den Urlaub bereits erteilt, also seine Leistung erbracht. Nur noch der Leistungserfolg steht aus (10).

Richtigerweise führt deshalb die Willenserklärung des Arbeitgebers nicht die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs herbei. Man wird vielmehr von der Erfüllung des Anspruchs zu sprechen haben, während (ausnahmsweise) die Fälligkeit vorzuverlegen ist auf den Zeitpunkt, an dem der Arbeitgeber spätestens den Antrag des Arbeitnehmers zu verbescheiden hat (11).

Folgerichtig ist der Arbeitnehmer mit Zugang der Willenserklärung des Arbeitgebers von der Arbeitspflicht befreit, ohne daß es noch

7) BAGE 11, 312

Boldt-Röhler, § 7 Anm. 36

Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 448 Fn. 90

8) Dersch-Neumann, § 7 Rdn. 1 ff

Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 447

9) Nikisch, S. 535 Fn. 85

10) Zur Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg vgl. Larenz, Schuldrecht I, S. 255

11) Es handelt sich hier um einen sog. verhaltenen Anspruch, vgl. Staudinger-Werner, § 271 Rdz. 17

einer weiteren Maßnahme bedürfte. Er kann ohne weiteres ab dem festgelegten Zeitpunkt der Arbeit fernbleiben. Unzutreffend ist deshalb die im Sprachgebrauch übliche Formulierung, der Arbeitgeber verzichte während des Sonderurlaubs auf die Erbringung von Arbeitsleistung. Im übrigen kann von einem Verzicht schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der Arbeitgeber lediglich einen bestehenden Anspruch erfüllt. Nur wenn dem Arbeitnehmer kein Anspruch zusteht und ein Sonderurlaub freiwillig gewährt wird, bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung.

2. Ende des Sonderurlaubs

Die Dauer des Sonderurlaubs ist grundsätzlich auf die vom Arbeitgeber festgesetzte Zeit beschränkt. Nach Ablauf der Freistellungszeit hat sich der Arbeitnehmer in seinem Betrieb zurückzumelden. Dies gilt unabhängig davon, ob in dieser Zeit der mit der Freistellung verfolgte Zweck erreicht werden konnte. Erforderlichenfalls kann erneut Sonderurlaub beantragt werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich die praktisch bedeutsame Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer vorzeitig aus dem Sonderurlaub zurückgerufen werden darf oder vorzeitig von sich aus die Arbeit wieder aufnehmen muß.

- a) Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur, daß beim Erholungsurlaub die festgesetzte Urlaubszeit für beide Parteien grundsätzlich bindend ist. Eine Rückrufung des Arbeitnehmers wird zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber auf extreme Notfälle beschränkt (12). Nur ganz gewichtige, dringende und außergewöhnliche betriebliche Gründe könnten eine solche einschneidende Maßnahme des Arbeitgebers rechtfertigen, allerdings auch nur dann, wenn die betriebliche Notsituation nicht anderweitig beseitigt und dem Arbeitnehmer nach

12) Dersch-Neumann, § 7 Anm. 37 m.w.N.

sorgfältiger Interessenabwägung eine vorzeitige Rückkehr aus dem Urlaub zugemutet werden könne (13).

Als Begründung für diese Ansicht wird auf den in § 7 Abs. 2 BUrlG postulierten Grundsatz verwiesen, wonach der Urlaub zusammenhängend zu gewähren sei. Diesem Grundsatz widerspreche jede Rückberufung aus dem Urlaub (14).

- b) Gänzlich anders gelagert ist die Situation demgegenüber beim Sonderurlaub. Auf ihn sind vorstehende Argumente schon deshalb nicht übertragbar, weil er einer andersartigen Zweckbestimmung unterliegt. Aber auch die Anspruchsvoraussetzungen beurteilen sich beim Sonderurlaub nach anderen Kriterien als beim Erholungsurlaub. Auf letzteren besteht ein Rechtsanspruch kraft gesetzlicher oder tarifvertraglicher Regelung, ohne daß ein besonderes Bedürfnis nachgewiesen werden müßte. Ebensowenig sind entgegenstehende Interessen des Arbeitgebers - mit Ausnahme der zeitlichen Festlegung - berücksichtigungsfähig.

Beim Sonderurlaub, soweit sich sein Rechtsanspruch aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergibt, werden diese Tatbestandsmerkmale dagegen zu Anspruchsvoraussetzungen. Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist ein Anspruch gegeben, der mit Gewährung des Sonderurlaubs durch den Arbeitgeber erfüllt ist. Rechtsgrund der Freistellung bleibt nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen der "schuldrechtliche" Anspruch, der solange besteht, als ein notwendiges Bedürfnis und ein überwiegendes Interesse an der Freistellung

13) Boldt-Röhsler, § 7 Anm. 43

13) wie Fn. 13

vorliegen. Mit dem Wegfall einer dieser tatbestandsmäßigen Voraussetzungen entfällt der Anspruch (Rechtsgrund) selbst.

Davon ausgehend ist der Arbeitnehmer verpflichtet, von sich aus an die Arbeit zurückzukehren, wenn das notwendige Bedürfnis für die Freistellung entfallen ist. Dieselbe Verpflichtung tritt ein bei einer wesentlichen Veränderung der betrieblichen Verhältnisse mit der Folge, daß bei verständiger Würdigung das Interesse des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung nunmehr höher einzuschätzen ist als das Freistellungsinteresse des Arbeitnehmers. Um dies beurteilen zu können, muß der Arbeitnehmer umfassend informiert werden, da er in der Regel von sich aus die betriebliche Situation während seiner Abwesenheit nicht zu überblicken vermag. Ein Rückruf kann deshalb nur unter Anführung des Grundes erfolgen.

IV. Versagung der Freistellung

Die eigentliche Problematik bei der Frage der Verwirklichung des Anspruchs auf Sonderurlaub zeigt sich erst dann, wenn der Arbeitgeber die begehrte Freistellung verweigert. In diesem Zusammenhang bedarf eine Reihe für die Praxis bedeutsamer Fragen einer rechtlichen Klärung.

1. Begründungspflicht bei Versagung des Sonderurlaubs

Zu einer Versagung des Sonderurlaubs ist der Arbeitgeber schon dann berechtigt, wenn der Arbeitnehmer seinen Antrag nicht begründet oder ein notwendiges Bedürfnis nicht ausreichend nachgewiesen hat. Sind diese Voraussetzungen indes erfüllt, kommt eine Verweigerung nur noch wegen höherrangiger betrieblicher Interessen in Betracht (15).

15) vgl. oben Seite 32 ff

Ebenso wie der Arbeitnehmer seinen Antrag zu begründen hat, obliegt auch dem Arbeitgeber die Pflicht, die für seine ablehnde Entscheidung maßgebenden Gründe darzulegen. Dem Arbeitnehmer muß die Möglichkeit einer Überprüfung der arbeitgeberischen Entscheidung zugestanden werden, um gegebenenfalls die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs beurteilen zu können.

Kein Recht zur Selbstbeurlaubung

Eine Durchsetzung des Anspruchs gegen den Willen des Arbeitgebers kann nur mit gerichtlicher Hilfe erzwungen werden. Ein "Selbstbeurlaubungsrecht" des Arbeitnehmers ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu verneinen (16).

- a) Würde man dem Arbeitnehmer ein derartiges Recht zugestehen, so käme dies der Anerkennung eines allgemeinen Selbsthilferechts zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche gleich, das aber vom Gesetzgeber nur für einige wenige, eng umschriebene Tatbestände zugbilligt wird (17). Eine Analogie zu diesen oder eine dieser Vorschriften muß an deren Ausnahmekarakter scheitern.
- b) Ein "Selbstbeurlaubungsrecht" könnte man nur dann in Erwägung ziehen, wenn nach verweigerter Freistellung dem Arbeitnehmer keine Zeit zur gerichtlichen Durchsetzung seines Anspruchs verbleibt. In diese Richtung tendieren auch die wenigen zu

16) Nichts gemein hat diese Frage mit dem oben S. 49 ff erörterten Problem. Dort wurde die Möglichkeit eines Fernbleibens von der Arbeit bejaht, wenn eine vorherige Antragstellung unmöglich ist. Demgegenüber liegt hier eine Entscheidung des Arbeitgebers und folglich eine gänzlich andere Ausgangsposition vor.

17) vgl. §§ 229, 561, 859, 904 BGB

diesem Fragenkreis vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen (18).

In der Literatur ist dieses Problem nach wie vor umstritten. Während Höhne (19) ohne weitere Begründung dem Arbeitnehmer das Recht zubilligt, sich den Sonderurlaub selbst zu nehmen, wenn die Anrufung des Gerichts nicht möglich ist, verneinen andere zwar ein "Selbstbeurlaubungsrecht", geben dafür aber dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht zur Durchsetzung des Freistellungsanspruchs (20).

Dagegen lehnen z. B. Weimar (21) und Schnorr v. Carolsfeld (22) diese Ansicht ab und verneinen ein Zurückbehaltungsrecht zur Durchsetzung eines Freistellungsanspruchs.

Im Ergebnis ist nur letztere Ansicht mit dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts vereinbar. Dieses besondere Leistungsverweigerungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB beruht auf dem Grundgedanken des § 242 BGB und soll den Schuldner davor schützen, einseitig auf die Gefahr hin leisten zu müssen, die ihm zustehende Leistung nicht zu erhalten (23). Entsprechend dieser Zweckbestimmung darf die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts

18) LAG Freiburg in BB 56, 77 (78)

LAG Baden-Württemberg, Kammer Stuttgart, DB 64, 996
ArbG Emden in ARSt, Bd. XXIX, S. 52, Nr. 88 (Urlaub)

19) BB 54, 1066 unter Berufung auf eine "im Ergebnis wohl einhellige Meinung" (Fn. 25).

20) so ausdrücklich Wohlgemuth, aaO S. 114
wohl auch Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 222

21) BlStSozArbR 1959, 381

22) aaO S. 276

23) BGH LM Nr. 3 zu § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

- 88 -

nicht zu einer endgültigen Verweigerung der Leistung führen (24), was aber die Folge wäre, wenn dem Arbeitnehmer zur Durchsetzung eines Freistellungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden würde.

Darüber hinaus verkennen die Befürworter dieses Rechts dessen faktische Konsequenz. Eine zurückgehaltene Arbeitsleistung ist in aller Regel nicht nachholbar, kommt also einer endgültigen Verweigerung der geschuldeten Dienste gleich. In Folge dessen würde die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung unter Berufung auf ein angebliches Zurückbehaltungsrecht im Ergebnis zu einer eigenmächtigen Erfüllung des Freistellungsanspruchs und damit zwangsläufig zu einer Anerkennung eines - nicht bestehenden - Selbsthilferechts führen.

.. Möglichkeiten der gerichtlichen Durchsetzung

Auf Grund vorstehender Ausführungen muß der Arbeitnehmer zur Durchsetzung seines Anspruchs auf den Rechtsweg verwiesen werden (25).

Dabei handelt es sich um eine aus dem Arbeitsverhältnis resultierende bürgerliche Rechtsstreitigkeit, wofür gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte begründet ist.

1. Leistungsklage als zulässige Klageart

Ein fälliger Freistellungsanspruch wird grundsätzlich im Wege der Leistungsklage geltend zu machen sein. Der Klageantrag hat auf Verurteilung zur Gewährung des begehrten Sonderurlaubs, also auf Verurteilung zur Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung

24) RG 152, 71

25) ebenso wie beim Erholungsurlaub, vgl. OLG Hamm, DB 76, 1726

zu lauten. Er muß die genaue Bestimmung des Termins und der Dauer des Sonderurlaubs enthalten. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer ursprünglich den Freistellungszeitpunkt nur ungefähr bezeichnet und die genaue Bestimmung dem Arbeitgeber überlassen hatte. Wenn der Arbeitgeber von diesem ihm in Berücksichtigung seiner Interessen zugestandenem Recht keinen Gebrauch gemacht hat, so hat er es verwirkt mit der Folge, daß er vor Gericht nicht mehr mit der Behauptung durchdringen kann, der nunmehr vom Arbeitnehmer bestimmte Termin des Sonderurlaubs widerspreche seinen (betrieblichen) Interessen.

Im Falle des Obsiegens des Arbeitnehmers gilt die Freistellung gem. § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO mit Rechtskraft des Urteils als erteilt. Der Arbeitnehmer darf während der vorgesehenen Zeit ohne weiteres der Arbeit fernbleiben.

Eine Gestaltungsklage kommt entgegen der Ansicht von Wohlgemuth (26) nicht in Betracht, weil weder ein Anlaß noch eine Notwendigkeit besteht, dem Gericht die Bestimmung der zeitlichen Lage der Freistellung zu überlassen. Dies ist eine Angelegenheit des Arbeitnehmers.

1. Feststellungsklage

Eine gerichtliche Geltendmachung des Freistellungsanspruchs im Wege der Feststellungsklage ist unzulässig. Nach gefestigter Auffassung in Rechtsprechung (27) und Literatur (28) ist eine Feststellungsklage dann unzulässig, wenn eine Leistungsklage gleichen oder im wesentlichen gleichen Inhalts erhoben werden kann. Das

26) aaO S. 109

27) BAGE 4, 149 f; 8, 279 ff
BGHZ 5, 314

28) Stein-Jonas, § 256 Anm. III 5 b
Baumbach-Lautersbach, § 256 Anm. 3 D

erforderliche Feststellungsinteresse ist deshalb immer dann zu verneinen, wenn die Leistungsklage zu demselben Ziel führt wie die Feststellungsklage (29).

Die Möglichkeit dieser Klageart könnte nur in Erwägung gezogen werden, wenn eine Leistungsklage (noch) nicht erhoben werden kann. Dies wäre denkbar, wenn ein Arbeitnehmer zwar noch keinen fälligen Anspruch hat, der Arbeitgeber aber bereits zu verstehen gegeben hat, daß er in keinem Fall einen Sonderurlaub gewähren wird. Unter diesen Voraussetzungen wird dennoch die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu verneinen sein, weil die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Freistellungsanspruchs allgemein nicht entschieden werden kann, sondern immer am konkreten Fall zu beurteilen ist.

.. Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung

Es liegt in der Natur der Sache begründet und bedarf keiner weiteren Darlegungen, daß sich die Notwendigkeit eines Sonderurlaubs oft plötzlich und unvorhergesehen ergibt und deshalb dem Arbeitnehmer nicht viel Zeit für Auseinandersetzungen mit dem Arbeitgeber verbleibt. Berücksichtigt man ferner die trotz des arbeitsgerichtlichen Beschleunigungsgrundsatzes (§ 9 Abs. 1 ArbGG) nicht unerhebliche Dauer eines Rechtsstreits, so läßt sich unschwer absehen, daß dem Arbeitnehmer häufig mit einer Geltendmachung seines Anspruchs im ordentlichen Verfahren nicht gedient ist. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist deshalb die Frage, ob ein Anspruch auf Sonderurlaub auch im Wege der einstweiligen Verfügung gem. §§ 935 ff ZPO durchsetzbar ist.

Diese Frage wirft eine Reihe von Problemen auf - vor allem aus

dem Bereich des Zivilprozeßrechts -, die zu lösen der Versuch unternommen werden muß, auch wenn sie letztlich hier nicht erschöpfend erörtert werden können.

- a) In der Sache geht es bei der einstweiligen Verfügung ebenso wie im Hauptsacheverfahren um die Verurteilung des Arbeitgebers zur Gewährung des beantragten Sonderurlaubs, also um die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung (30).

In Rechtsprechung und Literatur ist bereits streitig, ob durch einstweilige Verfügung überhaupt zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt werden kann (31). Die Hauptbedenken gegen die Zulässigkeit entzündeten sich an der Frage, wie solche einstweilige Verfügungen zu vollstrecken sind. Gem. § 894 Abs. 1 ZPO gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil Rechtskraft (32) erlangt hat.

Nach Stein-Jonas (33) bedeutet rechtskräftig soviel wie endgültig. Daran fehle es bei einer einstweiligen Verfügung, deren Kennzeichen gerade die Vorläufigkeit sei. Eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung komme deshalb grundsätzlich nicht in Betracht. Demgegenüber bejaht das OLG Frankfurt (34) und ihm folgend das OLG Stuttgart (35) deren Zulässigkeit mit der Begründung, formell rechtskräftig würden auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung ergehende Urteile.

30) vgl. oben Seite 58 f

31) Stein-Jonas, vor § 935 IV 5 m.w.N.
Jauernig, ZZP, 79. Bd. 1966, S. 341 f

32) gemeint ist damit die formelle Rechtskraft

33) wie Fn. 29

34) Urteil vom 16.10.1953 in MDR 1954, 686

35) Urteil vom 15.2.1973 in NJW 1973, 908

- 10 -

Diese Auffassung ist schon deshalb abzulehnen, weil nun Verfügungsurteile, aber nicht auch Verfügungsbeschlüsse in formelle Rechtskraft erwachsen und das Gesetz es zuläßt, durch einstweilige Verfügungen schlechthin - also auch durch Beschluß! - zur Abgabe einer Willenserklärung zu verurteilen (36).

Richtiger Ansicht nach muß deshalb eine unmittelbare Vollstreckung möglich sein ohne Rücksicht darauf, ob die einstweilige Verfügung formell rechtskräftig werden kann. § 894 ZPO steht dem nicht entgegen. Bereits der Zusammenhang mit § 895 ZPO zeigt, daß § 894 ZPO die formelle Rechtskraft eines Urteils voraussetzt, das im ordentlichen Verfahren ergangen ist (37). Es wäre nämlich ein Widerspruch in sich selbst, eine unbedingte Willenserklärung auf Grund einer nur vorläufigen Verurteilung vorläufig abgeben zu wollen (38). Nur ausnahmsweise ersetzt eine bloß vorläufige Verurteilung die Abgabe einer Willenserklärung, namentlich wenn die Eintragungsbewilligung für eine Vormerkung oder einen Widerspruch durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil (§ 895 ZPO) oder durch eine einstweilige Verfügung (§ 885 Abs. 1 S. 1, 899 Abs. 2 S. 1 BGB) ersetzt wird. § 894 ZPO ist deshalb nicht auf einstweilige Verfügungen anwendbar, gleichgültig in welcher Entscheidungsform sie ergehen.

Für die Lösung des Problems bleibt nur übrig, die Willenserklärung bereits dann als abgegeben anzusehen, wenn die einstweilige Verfügung durch Bekanntgabe an den Verfügungsbeklagten vollzogen ist (39). Auf diese Weise kann trotz Unabwend-

36) vgl. z. B. §§ 885 Abs. 1, 899 Abs. 2 BGB

37) darauf weist zutreffend Jauernig hin, ZZP, 79 Bd. 1966, S. 341

38) so bereits RG 156, 164 (169)

39) Jauernig, NJW 1973, 1673

barkeit des § 894 ZPO die einstweilige Verfügung unmittelbar vollstreckt werden, auch wenn sie in Beschlussform ergeht.

- b) Noch nicht geklärt aber ist damit, ob eine einstweilige Verfügung dieses Inhalts - Verurteilung zur Gewährung von Sonderurlaub - überhaupt zulässig ist. Bei dem insoweit gleich gelagerten Fall des Erholungsurlaubs wird die Zulässigkeit ganz überwiegend bejaht (40). Vereinzelt dagegen vorgebrachte Bedenken werden damit begründet, daß eine einstweilige Verfügung nur der Sicherung eines materiell-rechtlichen Anspruchs dienen, nicht aber zu seiner Befriedigung führen dürfe (41).

Diese Bedenken greifen nicht durch. Nach allgemeiner Meinung ist in bestimmten Fällen über die Sicherung eines Anspruchs hinaus die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auch zur Befriedigung des Anspruchs anerkannt (42). Bereits das Reichsgericht hat Ausnahmen zugelassen, wenn nur auf diesem Wege nicht wiedergutzumachender Schaden vermieden werden konnte (43). Gerade darum geht es auch im vorliegenden Fall.

Ein Anspruch auf Sonderurlaub kann immer nur in Betracht kom-

- 40) Boldt-Röhsler, § 1 Rdn. 100 unter Aufgabe der noch in der 1. Auflage vertretenen gegenteiligen Auffassung.

Dersch-Neumann, § 7 Rdn. 54

Natzel, § 7 Rdn. 40

Stahlhacke, § 1 Rdn. 110

Sieg, RdA 1963, 127

Gros, AR-Blattei, D-Blatt Urlaub X B

Kunze-Farthmann, BB 62, 1167

- 41) so insbesondere für den Fall des Erholungsurlaubs:
Nikisch, Bd. I, S. 536
mit Einschränkung auch Zöllner, DB 57, 508 f

- 42) vgl. Thomas-Putzo, § 940 Anm. 4 a

- 43) RGZ 27, 429

men, wenn aus unvorhergesehenem Anlaß hierzu ein notwendiges Bedürfnis besteht (44). In aller Regel ist damit auch die Feststellung indiziert, daß dieser Anspruch nur zu einem bestimmten Zeitpunkt oder jedenfalls innerhalb eines bestimmten Zeitraums erfüllt werden kann. Verspätung bedeutet hier nicht Verzug, sondern Unmöglichkeit. Anders ausgedrückt: Verweigert der Arbeitgeber den Sonderurlaub, so wird die Erfüllung des Anspruchs unmöglich. Nur die einstweilige Verfügung kann einer Vernichtung des Anspruchs vorbeugen. Sie muß demnach generell zulässig sein, auch wenn sie notwendigerweise zu seiner sofortigen Befriedigung führt. Eine unangemessene Übervorteilung des Arbeitgebers ist dadurch nicht zu befürchten, da der Arbeitnehmer jedenfalls das Risiko einer Schadensersatzpflicht auf sich nimmt, wenn sich im Nachhinein sein Begehren als unberechtigt erweisen sollte (45). Damit ist gleichzeitig auch dem Interesse des Arbeitgebers genügend Rechnung getragen.

VI. Rechtsfolgen bei eigenmächtigem Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit.

1. Durch eigenmächtiges Fernbleiben von der Arbeit verletzt der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitspflicht, ohne daß es darauf ankommen kann, ob ihm der Sonderurlaub zu Recht oder zu Unrecht versagt worden ist. In jedem Fall handelt er objektiv vertragswidrig, weil ihn ein Freistellungsanspruch allein noch nicht von seiner Arbeitspflicht entbindet. Voraussetzung hierfür ist eine ausdrückliche, gegebenenfalls gerichtlich erzwungene Erklärung des Arbeitgebers.

44) oben Seite 34 ff

45) § 945 ZPO

2. Eine andere Frage ist es dagegen, ob der Arbeitgeber Konsequenzen aus dem Verhalten des Arbeitnehmers ziehen kann.

- a) Bei gerechtfertigter Verweigerung des Sonderurlaubs steht dem Arbeitgeber das Recht zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung. Unter Umständen kann auch eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen, wenn im konkreten Einzelfall dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (46).

Der Arbeitnehmer kann der gerechtfertigten Kündigung nicht mit dem Einwand begegnen, nur irrtümlich einen Freistellungsanspruch angenommen zu haben. Eine dahingehende Einlassung wäre unbeachtlich, weil er wußte oder jedenfalls wissen mußte, daß er ohne ausdrückliche Erlaubnis der Arbeit nicht fernbleiben darf.

- b) Als weitere Möglichkeit kann der Arbeitgeber Schadensersatz fordern, wenn ihm durch die Vertragsverletzung ein nachweisbarer Schaden entstanden ist. Verschulden des Arbeitnehmers ist aus vorstehenden Gründen grundsätzlich zu bejahen.

3. Die Geltendmachung dieser Rechte ist dem Arbeitgeber trotz objektiv vorliegender Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aber dann verwehrt, wenn er sich seinerseits nicht korrekt verhalten und den beantragten Sonderurlaub zu Unrecht verweigert hat.

- a) Unter dieser Voraussetzung kann der Arbeitnehmer einer ausgesprochenen Kündigung den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegensetzen. Er kann sich darauf

46) insbesondere bei längerer Dauer der Abwesenheit oder wiederholter "Selbstbeurlaubung"

berufen, daß ihm der Arbeitgeber unter Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht den beantragten Sonderurlaub verweigert und damit seinerseits die ihm angelastete Pflichtverletzung veranlaßt habe. Im Kündigungsschutzprozeß muß als Vorfrage dann geklärt werden, ob der Anspruch auf Sonderurlaub begründet war. Bejaht das Gericht diese Frage, dringt der Arbeitnehmer mit seinem Einwand durch.

- b) Ähnlich stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Arbeitgeber Schadensersatz fordert. Dem kann entgegengehalten werden, daß ein Schadensersatzanspruch nur deshalb im Raum stehe, weil der Arbeitgeber durch eigenes pflichtwidriges Verhalten den Arbeitnehmer zum Fernbleiben von der Arbeit veranlaßt habe. Hätte er den beantragten Sonderurlaub pflichtgemäß gewährt, könne sich nämlich die Frage einer Schadensersatzpflicht nicht stellen.

4. Neben dem Recht zur Kündigung und der Möglichkeit von Schadensersatzforderungen könnte auch noch daran gedacht werden, dem Arbeitgeber das Recht einzuräumen, die Zeit der Arbeitsversäumnis dem Arbeitnehmer auf seinen Erholungsurlaub anzurechnen.

Die Zulässigkeit einer derartigen Maßnahme ist umstritten. Nach überwiegender Meinung wird eine Urlaubskürzung nur bei sog. "Mehrurlaub" (47) für zulässig erachtet (48). Dieser Ansicht ist beizupflichten. Eine Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubs verstieße gegen den Grundsatz seiner Unabdingbarkeit (49). Ebenso ist ein tarifvertraglich vereinbarter Mehrurlaub der Dispositions-

47) zum Begriff des Mehrurlaubs statt anderer:
Boldt-Röhsler, § 1 Rdn. 107

48) Dersch-Neumann, § 1 Rdn. 52 f
Schelp-Herbst, § 7 Rdn. 11
Natzel, § 1 Rdn. 16

49) vgl. § 13 Abs. 1 BUrlG

befugnis der Arbeitsvertragsparteien entzogen (50). Eine Anrechnungsmöglichkeit besteht deshalb nur hinsichtlich des vertraglich vereinbarten Mehrurlaubs. Das Recht der einseitigen Anrechnung gleichsam als Sanktion für die Arbeitsversäumnis muß dennoch dem Arbeitgeber versagt werden. Auch einem Mehrurlaub liegt ein vertraglicher Anspruch zugrunde, über den sich der Arbeitgeber nicht einseitig hinwegsetzen darf, auch nicht unter Berufung auf den "allgemeinen Grundsatz der gebotenen Vertragstreue" (51). Ein Vertragsbruch des Arbeitnehmers berechtigt nicht seinerseits den Arbeitgeber zum Vertragsbruch. Ihm stehen andere, rechtlich nicht zu beanstandende Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

Die Anrechnung eines Sonderurlaubs - soweit zulässig - kann deshalb nur in gegenseitigem Einvernehmen erfolgen.

VII. Rechtsfolgen bei ungerechtfertigter Versagung des Sonderurlaubs

1. Eine grundlose Versagung des beantragten Sonderurlaubs kann auch den Arbeitnehmer zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen. Entscheidend wird es dabei darauf ankommen, ob dem Arbeitnehmer gem. § 626 Abs. BGB die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist, was letztlich wiederum nur im jeweiligen Einzelfall entschieden werden kann.
2. In der Praxis wird dem Arbeitnehmer mit diesem Recht regelmäßig wenig gedient sein, zumal in Zeiten, in denen Arbeitsplätze knapp

- 50) auf einen tarifvertraglich vereinbarten Mehrurlaubsanspruch kann gem. § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nur durch einen von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich verzichtet werden
- 51) darauf beruft sich Höhne, BB 1954, 1067 zur Begründung für seine gegenteilige Ansicht

sind. Von weitaus größerer Bedeutung für ihn ist deshalb die Möglichkeit, Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung fordern zu können. Voraussetzung hierfür ist die schuldhafte Verletzung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht und ein daraus dem Arbeitnehmer entstandener Schaden.

- a) Schuldhaftes Handeln des Arbeitgebers liegt vor, wenn er in Kenntnis aller wesentlichen Umstände dem Arbeitnehmer zu Unrecht den Sonderurlaub verweigert. Dieser wird daher gut daran tun, immer rechtzeitig seinen Sonderurlaub zu beantragen und die Gründe hierfür umfassend darzulegen. Auf einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines dem Arbeitnehmer zustehenden Anspruchs wird sich der Arbeitgeber dann regelmäßig nicht berufen können.
- b) Wesentlich problematischer stellt sich die Haftungsfrage dar, wenn der Arbeitgeber trotz Kenntnis aller tatsächlichen Umstände einen Sonderurlaub verweigert in der irrigen Annahme, dem Arbeitnehmer stünde ein solcher Rechtsanspruch nicht zu.

Während noch die ältere Rechtsprechung, wenn auch mit Schwan-
kungen (52), überwiegend angenommen hat, daß der Schuldner
einen Rechtsirrtum in der Regel auch dann zu vertreten habe,
wenn dieser nicht auf Fahrlässigkeit beruht (53), geht
die neuere Rechtsprechung einmütig davon aus, daß der Schuld-
ner für einen unverschuldeten Rechtsirrtum nicht einzustehen
braucht (54). Streitig ist jedoch nach wie vor, wann ein

52) vgl. Rittner, Festschrift für F. v. Hippel 1967, S. 391 ff

53) An diesem Grundsatz "error iuris nocet" hat vor allem
in der strafrechtlichen Judikatur das RG bis zuletzt
festgehalten

54) RG 156, 120; BGH NJW 1951, 298; 758
Diese Ansicht entspricht den Grundvorstellungen des BGB,
das Rechtsirrtum und tatsächlichen Irrtum grundsätzlich
gleichstellt: so bereits RG 72, 4 (6)

- 11 -

Rechtsirrtum als unverschuldet anzusehen ist, was nur nach den jeweiligen konkreten Fallumständen beantwortet werden kann.

Einigkeit besteht darüber, daß der Schuldner, also hier der Arbeitgeber, Erkundigungen einziehen und die Rechtslage gründlich prüfen muß.

Im Ergebnis wird diese Prüfung zu der Erkenntnis führen, daß sich die Gerichte ebenso wie die Literaturstimmen nur vereinzelt mit der Frage eines Rechtsanspruchs auf Sonderurlaub auseinandergesetzt haben, doch die Möglichkeit eines solchen Anspruchs grundsätzlich bejaht wird (55). Kommt der Arbeitgeber dennoch bei der Überprüfung der Rechtslage zu dem irrigen Ergebnis, ein Rechtsanspruch auf Sonderurlaub bestehe nicht, beruht dieser Irrtum auf fehlerhafter oder unvollständiger Information und ist damit vorwerfbar.

Keine endgültige Klarheit wird sich aber der Arbeitgeber verschaffen können hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsanspruch auf Sonderurlaub anerkannt werden kann. Insoweit ist er gehalten, das Maß des arbeitnehmerischen Interesses an einer Freistellung mit seinem eigenen (betrieblichen) Interesse an der Erbringung der Arbeitsleistung unter verständiger Würdigung seiner ihm obliegenden Fürsorgepflicht zu messen. Eine unterlassene oder feststellbar einseitige Wertung rechtfertigt einen Schuldvorwurf und damit die Haftung für einen dem Arbeitnehmer durch die Verweigerung des Sonderurlaubs entstandenen Schaden.

-) Der Nachweis eines eingetretenen Schadens ist vom Arbeitnehmer zu führen. Darüberhinaus hat er darzulegen, daß der Scha-

den durch Gewährung eines Sonderurlaubs hätte vermieden werden können.

Ein solcher vom Arbeitgeber zu ersetzender Schaden liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitnehmer durch die Verweigerung des Sonderurlaubs zur Wahrung seiner berechtigten Interessen Dritte beauftragen müßte und dies unverhältnismäßig hohe und nicht tragbare finanzielle Aufwendungen erforderte.

Bei der Berechnung des Schadens muß sich aber der Arbeitnehmer das anrechnen lassen, was ihm auch bei Gewährung des Sonderurlaubs an Auslagen entstanden wäre.

VIII. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Es gehört zum Wesensmerkmal des Sonderurlaubs, daß die Befreiung von der Arbeitspflicht nur eintritt, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag gestellt und der Arbeitgeber diesem Antrag stattgegeben hat.
2. Der Antrag des Arbeitnehmers hat alle wesentlichen Gesichtspunkte zu enthalten, die den Arbeitgeber in die Lage versetzen, unter Berücksichtigung seiner eigenen (betrieblichen) Interessen eine Entscheidung zu treffen. Die Ablehnung des Antrags ist zu begründen.
3. Die Freistellung dauert grundsätzlich solange, als sie zeitlich festgelegt wurde. Bei Wegfall der Anspruchsvoraussetzungen vor Ablauf der vereinbarten Freistellungszeit hat der Arbeitnehmer an die Arbeit zurückzukehren.
4. Verweigert der Arbeitgeber den Sonderurlaub, muß der Arbeitnehmer seinen Anspruch vor dem Arbeitsgericht im Wege der Leistungsklage geltend machen.

In Eilfällen ist eine einstweilige Verfügung zulässig.

5. Ein "Selbstbeurlaubungsrecht" steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zu. Eigenmächtiges Fernbleiben von der Arbeit stellt ebenso eine Vertragsverletzung dar wie die ungerechtfertigte Verweigerung des Sonderurlaubs. Sie kann beide Parteien zur fristlosen Kündigung oder zur Forderung von Schadensersatzansprüchen berechtigen.

Eine einstweilige Anrechnung von Zeiten ungerechtfertigter Arbeitsversäumnis auf den Erholungsurlaub durch den Arbeitgeber ist nicht zulässig.

Viertes Kapitel

Rechte und Pflichten während des Sonderurlaubs

In den vorausgegangenen Kapiteln wurde versucht aufzuzeigen, unter welchen Voraussetzungen dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Sonderurlaub zusteht und wie dieser Anspruch verwirklicht werden kann. Im folgenden sollen nun die wichtigsten Rechtsfolgen des Sonderurlaubs dargestellt werden, wobei aber der Lohnfortzahlungsanspruch wegen seiner eminenten Bedeutung schon vorweg behandelt wurde.

Es darf vorausgeschickt werden, daß im Rahmen dieser Arbeit nicht jede Einzelfrage im Zusammenhang mit dem Sonderurlaub erörtert werden kann, dafür sollen jene Probleme ausführlicher untersucht werden, die im Rahmen eines jeden Arbeitsverhältnisses von grundsätzlicher Bedeutung sind.

A. Auswirkungen des Sonderurlaubs auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses und die Dauer der Betriebszugehörigkeit

Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien können grundsätzlich nur im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses zum Tragen kommen (1). Darüber hinaus knüpfen vielfach Rechtsfolgen an das Merkmal einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit an. Bevor auf die Rechtsfolgen des Sonderurlaubs im einzelnen eingegangen werden kann, muß deshalb vorab geklärt werden, ob und gegebenenfalls inwieweit sich Freistellungen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses oder die Dauer der Betriebszugehörigkeit auswirken.

1) mit Ausnahme eventuell vertraglich vereinbarter Wettbewerbsverbote gem. §§ 74 HGB, 133 f. GewO

7. Auswirkungen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses

Während des Sonderurlaubs ruht vorübergehend die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, also diejenige Verpflichtung, um deretwillen das Arbeitsverhältnis eingegangen wurde. In Folge dessen ist auch der Arbeitgeber - mit Ausnahme kurzfristiger Freistellungen (2) - von der Pflicht der Lohn- und Gehaltszahlung entbunden. Angesichts dieses Ruhens der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis ist die Frage nicht unberechtigt, ob während des Sonderurlaubs von einem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses überhaupt noch gesprochen werden kann. Ihre Klärung ist insofern von Bedeutung, als beispielsweise eine Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes vom 25.8.1969 voraussetzt, daß das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat (3). Desgleichen wird gem. § 4 BUrlG der volle Urlaubsanspruch erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben. Bei den Beratungen zum Bundesurlaubsgesetz ist ausdrücklich betont worden, daß mit der Fassung des § 4 auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses abgestellt werden und dabei unerheblich sein soll, ob der Arbeitnehmer während des Laufes der Wartezeit die ihm obliegende Beschäftigung tatsächlich ausgeübt hat (4). Schon dieser Satz indiziert die Feststellung, daß eine Unterbrechung der tatsächlichen Arbeitsleistung nicht ohne weiteres eine Unterbrechung des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses bewirkt. Ein Ruhen der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten läßt den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt, solange nicht sämtliche daraus resultierenden Rechte und Pflichten zum Erliegen kommen. Zwar kommt im Arbeitsver-

2) vgl. oben S. 44 f

3) § 1 KSchG. Hueck, § 1 Anm. 34

4) Schriftlicher Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit, Drucksache IV/785 zu § 4 BUrlG

hältnis der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und der Vergütungspflicht des Arbeitgebers als den synallagmatischen Hauptpflichten ein dominierender Rang zu, daneben bestehen aber noch andere mannigfaltige Rechte und Pflichten, die sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergeben. Diese nicht unbedeutenden Bindungen der Arbeitsvertragsparteien bleiben von einer Freistellung unberührt (5).

Die Gewährung von Sonderurlaub ist mithin ohne Einfluß auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses.

II. Auswirkungen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit

Zu unterscheiden von den Folgen für den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses sind die Auswirkungen auf die Betriebszugehörigkeit.

Könnte man angesichts einer Entscheidung des LAG Frankfurt (6) den Eindruck gewinnen, als handle es sich dabei um zwei Begriffe desselben Inhalts, so sind sie richtigerweise in ihrer Bedeutung doch voneinander zu trennen. Der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses beginnt mit Abschluß des Arbeitsvertrages (7). Demgegenüber bewirkt erst die Arbeitsaufnahme nach der Einstellung die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers (8), ist also in weit stärkerem Maße von der tatsächlichen

5) so auch LAG Hamm, BB 53, 321 Ziff. 2

6) LAG Frankfurt, Urteil vom 16.9.1953 in:
AR-Blattei, D-Blatt, Urlaub, Entscheidungen 13;
"..., daß das Wort "Beschäftigung" im Arbeitsleben allgemein im Sinne einer Betriebszugehörigkeit, also des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses gebraucht wird ..."

7) so nach der von der herrschenden Lehre vertretenen Vertragstheorie a. A. die Vertreter der sog. Eingliederungstheorie
vgl. statt anderer: Bötticher u. A. Hueck, RdA 1955, S. 321 ff

8) Vogt, BB 56, 821 f; Maurer, AR-Blattei, D-Blatt, Betriebszugehörigkeit I, Übersicht B I

Arbeitsleistung abhängig. Ist dem aber so, liegt es nahe zu fragen, ob die Zeit des Sonderurlaubs, während der die Arbeitsleistung nicht erbracht zu werden braucht, Einfluß auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit nimmt.

1. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit als Voraussetzung für Ansprüche der Arbeitnehmer

Ihre Bedeutung gewinnt die Dauer der Betriebszugehörigkeit dadurch, daß sich vor allem die Sozialpartner ihrer immer häufiger bedienen, um Rechtspositionen der Arbeitnehmer näher zu bestimmen und auszugestalten. Bereits ein oberflächlicher Blick auf die Tarifpraxis bestätigt diese Feststellung. So wird in der Überwiegenden Anzahl von Manteltarifverträgen der Kündigungsschutz ab einer bestimmten ununterbrochenen Betriebszugehörigkeitsdauer dahingehend modifiziert, daß bei Vorliegen der Voraussetzung eine Kündigung durch den Arbeitgeber nur noch aus wichtigem Grunde zulässig sein soll (9). Ebenso wird die vielfach tarifvertraglich festgelegte Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung vermögenswirksamer Leistungen von der Dauer der Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer abhängig gemacht (10).

Aber auch der Gesetzgeber bindet Rechte der Arbeitnehmer an dieses Merkmal. In § 2 des Betriebsrentengesetzes vom 19.12.1974 hat er die Höhe der zu erwartenden Rente an die Dauer der Betriebszugehörigkeit gekoppelt.

Gem. §§ 7, 8 Betriebsverfassungsgesetz 1972 sind für den Betriebs-

9) MTV v. 1.12.73 für die Angestellten der bayer. Metallindustrie, § 2 Ziff. 4 Abs. 2
MTV v. 1.3.71 für gewerbliche Arbeitnehmer der chemischen Industrie, § 12 Ziff. 1

10) TV vom 3.11.75 für die chemische Industrie in Bayern, § 2 Ziff. 2

rat nur Arbeitnehmer wählbar, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und sechs Monate dem Betrieb angehören.

Schließlich sei noch das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9.7.1926 genannt, das in § 2 die Kündigungsfristen zugunsten der betreffenden Angestellten nach einer Beschäftigungsdauer von fünf, acht, zehn oder zwölf Jahren auf drei, vier, fünf oder sechs Monate zum Quartalsende verlängert. In Rechtsprechung und Lehre besteht Einigkeit darüber, daß unter dem Begriff "Beschäftigungsdauer" nicht eine effektive Beschäftigung, sondern die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu verstehen ist (11).

2. Meinungsstand zum Einfluß von Arbeitsunterbrechungen auf die Betriebszugehörigkeit

Schon vielfach haben sich Rechtsprechung und Lehre mit der Frage beschäftigt, welchen Einfluß Arbeitsunterbrechungen auf die Betriebszugehörigkeit haben. Es verwundert nicht angesichts des Fehlens einer allgemeinen gesetzlichen Regelung, daß die Meinungen dazu oft weit auseinander gehen.

- a) Vereinzelt wird vertreten (12), Arbeitsunterbrechungen könnten solange keinen Einfluß auf die Betriebszugehörigkeit nehmen, als das Arbeitsverhältnis rechtlich Bestand habe. Wer nämlich auf Grund eines Arbeitsverhältnisses rechtlich noch mit dem Betrieb verbunden sei, der nehme auch am betrieblichen Leben teil, müsse also auch dem Betrieb zugehörig sein (13). Die Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Zu

11) vgl. Rösler, DB 63, 1047 m.w.N.

12) Vogt, BB 56, 823, Nikisch, Bd. I, S. 165

13) Vogt, wie Fn. 12

Recht hält Wohlgemuth (14) dem entgegen, daß dann alle gesetzlichen Regelungen überflüssig wären, welche eine Anrechnung der Arbeitsunterbrechung auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anordnen (15).

Des weiteren verkennt diese Ansicht, daß die Betriebszugehörigkeit in starkem Maße von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung abhängig ist. Davon ist offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er bei der Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes 1969 an Stelle der Dauer der Beschäftigung die Dauer des Arbeitsverhältnisses für Maßgebend erklärt hat, weil es unerheblich sein sollte, ob der Arbeitnehmer während des Laufes der Wartezeit die ihm obliegende Beschäftigung tatsächlich ausgeübt hat. Folgte man obiger Ansicht, wäre die Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes insoweit überflüssig gewesen.

- b) Andere Autoren stellen darauf ab, ob die Arbeitsunterbrechung vom Arbeitnehmer verschuldet worden ist oder nicht (16).

Dem hält Vogt (17) und ihm folgend Wohlgemuth (18) entgegen, daß davon die Betriebszugehörigkeit begrifflich nicht berührt werden könne. Der Arbeitnehmer dürfe sich bei verschuldeter Arbeitsunterbrechung nur nicht auf die Fortdauer der Betriebs-

14) aaO, S. 150

15) So z. B. § 6 Abs. 2 ArbPlSchG: diese Vorschrift wäre überflüssig, da gem. § 1 Abs. 1 während des Wehrdienstes das Arbeitsverhältnis ruht, somit rechtlich fortbesteht

16) Röhslers, DB 63, 995, Maurer, AR-Blattei, D-Blatt, Betriebszugehörigkeit C II
Neumann-Duesberg, NJW 51, 11

17) wie Fn. 11

18) aaO, S. 151

zugehörigkeit berufen, was aber eine Frage der unzulässigen Rechtsausübung sei.

- c) Wieder andere Autoren halten für entscheidend, ob die Arbeitsunterbrechung nur eine kürzere oder eine längere Zeit gedauert hat (19). Die angesichts der Unmöglichkeit einer klaren Abgrenzung zwischen kürzerer und längerer Unterbrechung auftretende Rechtsunsicherheit - worauf ihre Kritiker verweisen (20) - nehmen sie bewußt in Kauf, da jedenfalls im Einzelfall mit dieser Abgrenzung gerechte Ergebnisse erzielt werden könnten.

3. Lösungsversuch

Mit diesem kurz skizzierten Überblick ist hinreichend deutlich geworden, daß die Frage, ob Arbeitsunterbrechungen Einfluß auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu nehmen vermögen, in dieser allgemeinen Form nicht generell beantwortet werden kann, daß vielmehr eine differenzierende Betrachtungsweise geboten ist.

Die Betriebszugehörigkeit ist kein absolut zu bestimmender Begriff, dessen Definition für alle Rechtsgebiete bzw. Gesetze notwendig einheitlich lauten müßte. Sie gewinnt ihre Bedeutung durch Sinn und Zweck der Rechtsfolgen, die an das Merkmal der Betriebszugehörigkeit anknüpfen.

Von dieser Erkenntnis ausgehend sind Arbeitsunterbrechungen für die Dauer der Betriebszugehörigkeit immer, aber auch nur dann von Bedeutung, wenn dies Sinn und Zweck der Rechtsfolge gebietet. Da-

19) A. Hueck, KSchG, § 1 An. 20 b
Rohlfing-Rewolle, § 1 Anm. 13
Neumann-Duesberg, S. 243

20) Wohlgemuth, S. 151; Vogt, DB 56, 823

bei sind im wesentlichen zwei Gruppen zu unterscheiden:

- a) Bei der ersten wird an das Merkmal der Betriebszugehörigkeit deshalb angeknüpft, weil die Rechtsfolge erst dann eintreten soll, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung eine bestimmte Zeit lang tatsächlich erbracht hat.

Hierher gehört z. B. § 8 BetrVG, der für die Wählbarkeit zum Betriebsrat eine Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten voraussetzt. Der vom Gesetzgeber mit dieser Regelung verfolgte Zweck besteht darin, nur solche Arbeitnehmer in den Betriebsrat wählen zu lassen, die sich eingearbeitet und mit dem Betriebsleben vertraut gemacht haben, da nur diese eine wirkungsvolle Tätigkeit gewährleisten (21).

Dieser Zweck kann gefährdet werden, wenn durch Arbeitsunterbrechung bedingte Fehlzeiten auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit angerechnet werden. Völlig unerheblich ist dabei, ob der Arbeitnehmer die Arbeitsunterbrechung zu vertreten hat oder nicht, da allein die Wirkung unabhängig von deren Ursache ausschlaggebend ist. Freilich gefährdet nicht schon jede Arbeitsunterbrechung den Zweck der Vorschrift. Man wird in jedem Einzelfall darauf abzustellen haben, ob sie bei Berücksichtigung aller Umstände so sehr ins Gewicht fällt, daß der Zweck der Vorschrift nicht mehr erreichbar ist. Hinsichtlich § 8 BetrVG ist das dann zu bejahen, wenn sich ein Kandidat trotz eines sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnisses bedingt durch tatsächliche Fehlzeiten die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen in einem dem Zweck der Vorschrift

21) Dietz-Richardi, § 8 Rdn. 15
Fitting-Auffarth, § 8 Rdn. 13
Nikisch, RdA 60, 4 Fn. 15
Prasse, AuR 54, 105

genügendem Maße nicht aneignen konnte. Zutreffend weist Wohlgemuth (22) darauf hin, daß hierbei Bedeutung gewinnt, ob es sich im Einzelfall um einen kleineren, leicht überschaubaren Betrieb handelt oder aber um einen Großbetrieb, mit dessen Belangen sich ein Arbeitnehmer nur langsam vertraut machen kann. Ferner wird auch die Dauer der Arbeitsunterbrechung zu berücksichtigen sein. Eine kurzfristige Unterbrechung wird wohl regelmäßig außer Betracht bleiben können, es sei denn, daß sie zusammen mit sonstigen Fehlzeiten die vorgesehene Frist in zweckgefährdendem Umfang verkürzt.

- b) Bei einer zweiten Gruppe - als Beispiele seien die bereits oben (23) genannten gesetzlichen und tarifvertraglichen Bestimmungen erwähnt - verfolgt die Anknüpfung bestimmter Rechtsfolgen an die Dauer der Betriebszugehörigkeit einen anderen Zweck, folglich sind Arbeitsunterbrechungen in ihrer Bedeutung für die Dauer der Betriebszugehörigkeit auch an anderen Kriterien zu messen.

Der Zweck dieser Vorschriften, ob sie Arbeitnehmern nun Ansprüche auf Betriebsrenten, vermögenswirksame Leistungen oder besseren Kündigungsschutz gewähren, besteht in der bevorzugten Behandlung älterer, langjähriger Mitarbeiter, deren Einsatz für den Betrieb auf diese Weise honoriert werden soll. Dieser Zweck ist einer objektiven Betrachtungsweise weitgehend entzogen und an subjektive Vorstellungen über den Wert der Tätigkeit dieser Mitarbeiter geknüpft.

Die mit den genannten Vorschriften bezweckten Rechtsfolgen setzen nicht zwingend eine bestimmte Dauer der Betriebszu-

22) aaO S. 153

23) oben S. 75

gehörigkeit voraus. Deren Festlegung ist letztlich nur eine subjektiv wertende Ermessensentscheidung und könnte ohne Zweckgefährdung auch nach oben oder unten variiert werden. Dieser anders gearteten Zielsetzung gilt es bei der Beurteilung von Arbeitsunterbrechungen Rechnung zu tragen.

Allein durch die Tatsache vorhandener Fehlzeiten können die mit diesen Vorschriften verbundenen Vorstellungen nicht beeinträchtigt werden. Es muß deshalb entscheidend darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer die vorhandenen Fehlzeiten zu vertreten hat (24). Dann ist es gerechtfertigt - da mit Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschriften vereinbar - sie auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anzurechnen mit der Folge entsprechender Schlechterstellung des Arbeitnehmers.

Aus diesen Darlegungen müßte konsequenterweise gefolgert werden, daß jede auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruhende Arbeitsunterbrechung auch zu einer Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit führt. Diese Schlußfolgerung ist jedoch zu weitgehend und würde zu untragbaren Ergebnissen führen. Jede vom Arbeitnehmer auch nur leicht fahrlässig im Sinne des § 276 BGB verursachte Fehlzeit würde dann zugleich auch die Betriebszugehörigkeit unterbrechen.

Die oben aufgezeigte mit der Anknüpfung bestimmter Rechtsfolgen an die Dauer der Betriebszugehörigkeit verfolgte Zielsetzung erfordert eine sachgerechte Einschränkung des Haftungsmaßstabes. Eine durch Fehlzeiten bedingte Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit im hier interessierenden

24) so im Grundsatz auch Röhler, DB 63, 995
Maurer, AR-Blattei; D-Blatt Betriebs-
zugehörigkeit C II
Neumann-Duesberg, NJW 51, 11

Sinn ist tatsächlich nur für den Arbeitnehmer von Nachteil, somit "seine Angelegenheit". Diese Erkenntnis läßt es als angemessen erscheinen, den Arbeitnehmer bei Arbeitsunterbrechungen entsprechend § 277 BGB nur für diejenige Sorgfalt einstehen zu lassen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (25). Diese Einschränkung ermöglicht angesichts der naturgemäßen Unzulänglichkeit des Menschen eine im Einzelfall gerechte Entscheidung.

Auch Röhsler (26) erkennt an, daß nicht jede vom Arbeitnehmer verschuldete Arbeitsunterbrechung die Betriebszugehörigkeit unterbrechen kann. Er glaubt aber mit Rücksicht auf den das Arbeitsverhältnis beherrschenden Treue- und Fürsorgegedanken, daß das maßgebliche Kriterium darin gefunden werden müßte, ob sich das Verhalten des Arbeitnehmers insoweit als einen groben Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt mit der Folge, daß einem etwaigen Verlangen des Arbeitnehmers, die Ausfallzeit auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen, der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden könnte.

Er übersieht dabei aber, daß ein Rückgriff auf den Treue- und Fürsorgegedanken und das Rechtsinstitut der unzulässigen Rechtsausübung nicht erforderlich ist, weil mit der gesetzlichen Regelung des § 277 BGB eine sinnvolle Einschränkung des Haftungsmaßstabes vorgenommen und sachgerechte Ergebnisse erzielt werden können.

4. Auswirkungen des Sonderurlaubs auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit

Für den Sonderurlaub ergibt sich in Anwendung obiger Grundsätze

25) so andeutungsweise wohl auch Maurer, wie Fn. 24

26) Röhsler, wie Fn. 24

folgendes:

- a) Knüpft in einer Vorschrift die Rechtsfolge allein an die Dauer der objektiv erbrachten Arbeitsleistung an - wie beispielsweise bei § 8 BetrVG - wird während des Sonderurlaubs grundsätzlich die Betriebszugehörigkeit des freigestellten Arbeitnehmers unterbrochen. Nur ein kurzfristiger Sonderurlaub wird davon ausgenommen werden können, weil unbedeutende Fehlzeiten regelmäßig den Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu gefährden vermögen. Von einem kurzfristigen Sonderurlaub kann immer dann gesprochen werden, wenn er im Sinn des § 616 Abs. 1 BGB eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit dauert (27). Das Erfordernis einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit ist insoweit ihrer Natur nach zwingend und damit einer anderweitigen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Beurteilung entzogen. Die Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit bewirkt nur eine Hemmung der Wartezeit, da lediglich eine gewisse Dauer, aber keine Kontinuität der Betriebszugehörigkeit vorausgesetzt wird.

- b) In allen anderen Fällen bleibt während des Sonderurlaubs die Betriebszugehörigkeit unberührt. Egal, ob der Sonderurlaub im konkreten Fall auf Grund einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Vorschrift gewährt wird, ob er aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abgeleitet oder frei vereinbart ist, der Arbeitnehmer hat die Arbeitsunterbrechung nicht zu vertreten. Dies gilt unabhängig von der Dauer des Sonderurlaubs. Bei längerfristigem vertraglich vereinbarten Sonderurlaub können die Arbeitsvertragsparteien aber eine abweichende Regelung vereinbaren, die ihrerseits, da sie letztlich dem Arbeitnehmer zum Nachteil gereicht, ausdrücklich zu erfolgen hat.

27) hierzu oben S. 45 f

B. Sonderurlaub und Anwesenheitsprämie

In der Praxis des Arbeitslebens werden seit relativ kurzer Zeit sog. Anwesenheitsprämien gezahlt. Im folgenden soll nun untersucht werden, ob und gegebenenfalls inwieweit durch Sonderurlaub bedingte Fehlzeiten den Anspruch auf Auszahlung einer Anwesenheitsprämie zu beeinträchtigen vermögen.

I. Begriff der Anwesenheitsprämie und ihre Entstehungsgeschichte

1. Unter Anwesenheitsprämie versteht man einen bestimmten, häufig, aber nicht notwendig an Umsatz oder Gewinn orientierten Geldbetrag, der Arbeitnehmern über den Vertrags- oder Tariflohn hinaus zugesagt wird (1). Die Besonderheit der Prämie besteht darin, daß der Arbeitnehmer sie überhaupt oder jedenfalls in voller Höhe nur dann erhalten soll, wenn er während eines bestimmten Zeitraums tatsächlich und ununterbrochen gearbeitet hat. Die Zeiträume können dabei kurz bemessen sein, etwa bezogen auf die wöchentliche Lohnabrechnung, sie können aber auch ein ganzes Jahr erfassen, so z. B. typischerweise bei den fehlzeitabhängigen Weihnachtsgratifikationen.
2. Die Rechtsprechung beschäftigt die Anwesenheitsprämien spürbar erst seit Anfang der 60er Jahre (2).

Das ist kein Zufall. Im Jahre 1957 stellte das Arbeitskrankheitsgesetz (ArbKrankhG) entscheidende Weichen in Richtung auf eine Angleichung der Stellung der arbeitsunfähig erkrankten Arbeiter an

1) Schwarz, AR-Blattei, D-Blatt, Anwesenheitsprämie I
Fenn/Beppler, RdA 1973, 218 ff (219)

2) vgl. z. B. ArbG Neuwied, BB 63, 1256
ArbG Lübeck, BB 63, 1257; IAG Berlin, BB 62, 1331;
BAG AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG

die der Angestellten. Die Novellierung des Gesetzes im Jahre 1961 (3) vollendete diese Entwicklung. Hiernach erwarben Arbeiter für den Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit mit dem Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld bis zur Dauer von sechs Wochen Bezüge in genau der gleichen Höhe, wie wenn sie in der Zeit tatsächlich gearbeitet hätten. Das Gesetz sicherte ihnen also für den Krankheitsfall den voll ungeschmälernten Lebensstandard.

Auf dem Hintergrund einer permanent angespannten Arbeitsmarktlage (4) war danach eine Zunahme von Krankmeldungen der Arbeit zu beobachten. Aus den steigenden Krankmeldungen leitete man her, daß sich auf Grund des ArbKrankhG die Unsitte einbürgerte, arbeitsunfähige Erkrankung nur vorzutäuschen, um so in den neuartigen Genuß von "Lohn ohne Arbeit" zu gelangen. Diesem mißbräuchlichen "Krankfeiern" entgegenzuwirken, erdachte man auf Arbeitgeberseite die an tatsächliche Anwesenheit am Arbeitsplatz geknüpfte Geldzuwendung, um den Arbeitern einen finanziellen Anreiz zu bieten, den Gesetzesmißbrauch zu unterlassen.

Es kann in unserem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob die Verknüpfung von ArbKrankhG und "Krankfeiern" gerechtfertigt war. Jedenfalls gab dies den Anstoß zur bundesweiten Einführung und Verbreitung von Anwesenheitsprämien - Regelungen (5).

II. Die Behandlung der Anwesenheitsprämie in der Rechtsprechung des BAG

Die Rechtsprechung des BAG zur Problematik der Anwesenheitsprämie

3) vgl. BGBl I, S. 913

4) vgl. Wirtschaft und Statistik 1959, S. 701 und 1962, S. 742

5) vgl. etwa Trappe, BB 66, 128
Delheid - Schreven, RdA 1970, 10

zeigt ein uneinheitliches Bild.

1. Zunächst wurden Anwesenheitsprämien als freiwillige soziale Leistungen des Arbeitgebers bewertet, die nicht zum fortzahlenden Arbeitsentgelt gehörten. Wegen der Freiwilligkeit der Leistung war es dem Arbeitgeber freigestellt, ob und welche Arten von Fehlzeiten er unberücksichtigt lassen wollte (6). Insbesondere wurde es als zulässig erachtet, daß auch eine Fehlzeit gratifikationsmindernd berücksichtigt wird, die auf eine Schwangerschaft der Arbeitnehmerin zurückzuführen ist (7). Hingegen wurde einer Prämienminderung wegen Inanspruchnahme des gesetzlich zustehenden Hausarbeitstags wegen Verstoßes gegen § 134 BGB die Anerkennung versagt (8).
2. Die Wende in der Rechtsprechung kam mit dem Urteil des BAG vom 29.1.1971 (9). Darin entschied der Dritte Senat, daß laufend gewährte Anwesenheitsprämien Teile des Arbeitsentgelts und daher bei der Berechnung des vom Arbeitgeber zu zahlenden Zuschusses zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 MuSchG) mit zu berücksichtigen seien. Dieser Entscheidung vorausgegangen war eine Anfrage des Dritten Senats bei dem Zweiten und Fünften Senat mit dem Ziel, von der bisherigen, zur uneingeschränkten Zulässigkeit tendierenden Einschätzung der Anwesenheitsprämie abzurücken.
3. Wenngleich diese Entscheidung überwiegend Zustimmung gefunden hat (10), lassen Folgeentscheidungen des BAG wiederum Zweifel aufkom-

6) BAG v. 21.1.1963 = AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG

7) BAG v. 30.3.1967 = AP Nr. 58 zu § 611 Gratifikation

8) BAG v. 26.3.1963 = AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen

9) AP Nr. 2 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie

10) vgl. etwa LAG Hamm, DB 71, 436
LAG Düsseldorf, BB 72, 87
ArbG Bad Oldesloe, ARSt 1971, S. 37

men, ob der Dritte Senat wirklich einen generellen Trendumschwung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bewirkt hat.

Der Erste Senat (11) plädiert nämlich dafür, auf Grund der Tariföffnungsklausel des § 2 Abs. 3 LFG Anwesenheitsprämien der Disposition der Tarifvertragsparteien zu unterstellen, und der Fünfte Senat (12) will jedenfalls eine "einmalig im Jahr gezahlte Anwesenheitsprämie nicht zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt i. S. des § 2 LFG zählen".

III. Stellungnahme

1. Beschränkung der Vertragsfreiheit durch den sozialen Schutzzweck des Arbeitsrechts

Der von Arbeitgeberseite mit der Einführung der Anwesenheitsprämie verfolgte Zweck, durch einen finanziellen Anreiz Fehlzeiten möglichst gering zu halten, ist Ausfluß der Vertragsfreiheit - § 305 BGB - und rechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden.

Dieser Intention stehen die Wertungen des Arbeitsrechts, das nicht zu Unrecht allgemein als Arbeitnehmerschutzrecht apostrophiert wird, gegenüber. Dieser Schutzzweck des Arbeitsrechts, der in zahlreichen Einzelgesetzen und unter besonderer Berücksichtigung einzelner - besonders schutzwürdig angesehener - Personengruppen seine Ausprägung erfahren hat, muß auch bei der vertraglichen Ausgestaltung des einzelnen Arbeitsverhältnisses gewahrt bleiben, soll der Schutz effizient sein. Mißbrauchsmöglichkeiten der Arbeitnehmer

11) Urteil vom 21.9.71 = AP Nr. 1 zu § 2 LFG

12) Urteil vom 9.11.72 = BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie

und Beweisnot des Arbeitgebers hat der Gesetzgeber in Kauf genommen und gleichwohl dem Arbeitgeber aufgebürdet, soweit er Lohnfortzahlung trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung zwingend angeordnet hat (13).

Der Arbeitgeber, der mit Anwesenheitsprämien diese Bürden auf den Arbeitnehmer zurückwälzen will, handelt dem Sinngehalt der sozialen Schutzvorschriften zuwider (14). Anwesenheitsprämien dürfen nicht dazu bestimmt sein, den Arbeitnehmer zur Arbeit in einer Zeit anzuhalten, in der er von Rechts wegen der Arbeit fernbleiben darf und trotzdem sein Arbeitsentgelt zu beanspruchen hat, so insbesondere während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung, der mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheitszeiten, während des Urlaubs und des Hausarbeitstages. Anwesenheitsprämien dürfen somit nur dazu dienen, unberechtigte Fehlzeiten zu vermeiden (15).

2. Die Anwesenheitsprämien als Arbeitsentgelt

- a) Während noch der Zweite Senat des BAG (16) die Ansicht vertreten hat, Anwesenheitsprämien seien nicht zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt i. S. des § 2 ArbKrankhG zu zählen, sie müßten vielmehr als freiwillige soziale Leistungen eingestuft werden, und der Fünfte Senat (17) jedenfalls eine einmalig im Jahr gezahlte Anwesenheitsprämie nicht zu dem fortzuzahlenden Arbeitsentgelt zählen will, gehört nach der

13) wie beispielsweise in §§ 1, 2 LFZG

14) so zutreffend auch Fenn-Beppler, aaO, S. 227

15) so ausdrücklich der Dritte Senat des BAG in AP Nr. 1 und 2 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie

16) wie Fn. 6

17) wie Fn. 12

vom Dritten Senat (18) gebrauchten Begriffsbestimmung "zum Arbeitsentgelt alles das, was dem Arbeitnehmer auf Grund seines Arbeitsvertrages als Gegenleistung dafür zufließt, daß er arbeitet". Der in diesen Meinungen offenkundig zum Ausdruck kommende angebliche Gegensatz von "freiwilliger zusätzlicher Arbeitgeberleistung" und "Arbeitsentgelt" ist rechtlich nicht haltbar. Es ist wohl richtig, daß ein Arbeitgeber nicht gezwungen werden kann, seinen Arbeitnehmern Prämien für tatsächliche Arbeitsleistungen und ununterbrochene Betriebsanwesenheit zu versprechen. Insofern ist jede Anwesenheitsprämie eine "freiwillige soziale Leistung". Daraus kann aber nichts hergeleitet werden für die rechtliche Differenzierung zum Arbeitsentgelt. Der Freiwilligkeitsvorbehalt ändert nichts daran, daß die Bekanntmachung der Prämienbedingungen ein vertragliches Angebot an die Arbeitnehmer enthält, das diese ohne ausdrückliche Erklärung anzunehmen pflegen (§ 151 BGB).

- b) Diese Erwägungen gelten jedenfalls für diejenigen Anwesenheitsprämien, die mit jeder einzelnen Lohn- oder Gehaltsabrechnung tatsächlich ausbezahlt werden. Umstritten ist aber, ob auch eine einmalig im Jahr gezahlte Anwesenheitsprämie zu dem "fortzuzahlenden Arbeitsentgelt" im Sinn des § 2 LFZG gehört. Der Fünfte Senat des BAG (19) verneint dies, weil die Fassung des § 2 LFZG nur zum Ausdruck bringe, daß das Gesetz auf das Arbeitsentgelt abstellt, das gerade für die ausgefallene Arbeitszeit zu zahlen gewesen wäre, nicht aber auch auf das Arbeitsentgelt, das nach anderen Zeitspannen

18) BAG Beschluss vom 30.4.70 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie

19) Urteil vom 9.11.1972 = AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie

zu berechnen und zu gewähren sei. Die prämienschädliche Berücksichtigung solcher Fehlzeiten verstoße aus den genannten Gründen auch nicht gegen Sinn und Zweck dieser zwingenden sozialen Schutzvorschriften.

Die erste These des Fünften Senats verdient Zustimmung. Sie führt die bisherige Rechtsprechung des BAG fort, das schon mehrfach angesprochen hat, daß Gratifikationen ... und ähnliche Teile des Arbeitsentgeltes, die unabhängig von der auf einen bestimmten Zeitabschnitt entfallenden Arbeitsleistung gewährt werden, nicht in die Berechnungsbasis für das Urlaubsentgelt aufzunehmen sind, mag diese nun mit Hilfe des sog. Lohnausfallprinzips oder der Bezugsmethode gefunden werden (20). Der Arbeitnehmer erhält nämlich diese Zahlungen auch für die Fehlzeiten ungeschmälert; er bedarf danach keines Verlustausgleichs, der Ansatz im fortzuzahlenden Arbeitsentgelt liefe vielmehr auf eine doppelte Begünstigung des Arbeitnehmers hinaus.

Demgegenüber kann der zweiten These des Fünften Senats, die prämienschädliche Berücksichtigung verstoße nicht gegen Sinn und Zweck der sozialen Vorschriften nicht gefolgt werden. Das BAG übersieht nämlich, daß der erkrankte Arbeitnehmer ohne seine Krankheit für seine Jahresarbeit mehr Lohn erhalten hätte (21). Es kann deshalb keinen Unterschied machen, ob die Prämie wöchentlich, monatlich oder einmal jährlich ausbezahlt wird. Auch wenn hier die konstruktive Anknüpfung an das "fortzuzahlende Arbeitsentgelt" versagt, darf dem Arbeitnehmer wegen unverschuldeter Fehlzeiten der Anspruch auf

20) so BAG AP Nr. 3 und Nr. 7 zu § 11 BUrlG für den Urlaub und BAG AP Nr. 2 zu § 2 LFZG für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle

21) so zutreffend Beuthien, Anm. zum Urteil des BAG vom 9.11.72, wie Fn. 19

eine jährlich auszahlende Anwesenheitsprämie nicht verloren gehen, weil ansonsten der Sozialschutz beliebig unterlaufen werden könnte. Gerade wegen des Sozialschutzes darf nicht der vom Arbeitgeber beliebig wählbare Abrechnungszeitraum über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Prämienengewährung entscheiden. Eine so formale Betrachtungsweise würde Manipulationen Tür und Tor (22) öffnen.

IV. Auswirkungen eines Sonderurlaubs auf den Prämienanspruch

Von dieser allgemeinen Wertung ausgehend, kann nun darangegangen werden zu untersuchen, wie sich die durch einen Sonderurlaub bedingten Fehlzeiten auf den Prämienanspruch auswirken.

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

- a) In der Rechtsprechung ist die Problematik der Anwesenheitsprämie bisher überwiegend unter dem Aspekt krankheitsbedingter oder schwangerschaftsbedingter Fehlzeiten erörtert worden. In Zusammenhang mit einem Sonderurlaub hat - soweit ersichtlich - bisher nur das LAG Berlin am Rande Stellung bezogen (23).

Nach seiner Ansicht müsse der Arbeitnehmer den Verlust der

22) Natzel (SAE 1965, 53 f) hat bereits im Jahre 1965 festgestellt, daß Arbeitgeber mehr und mehr dazu übergehen, anstelle von kurzfristig verrechneten Anwesenheitsprämien zu langfristig angelegten Prämienregelungen überzugehen, um hier auch krankheitsbedingte Fehlzeiten prämiemindernd ansetzen zu dürfen.

23) Die Entscheidung des LAG Berlin ist nicht veröffentlicht. Sie wurde vom Fünften Senat mit der bereits zitierten Entscheidung vom 9.11.1972 (vgl. Fn. 12) aufgehoben.

Anwesenheitsprämie im Falle eines unbezahlten Sonderurlaubs in Kauf nehmen, da der Arbeitgeber zur Gewährung nicht verpflichtet sei und kein Schutzgesetz bestehe, das dem Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung garantiere.

- b) In der Literatur findet sich bei Hoppe (24) im Anschluß an seine Ausführungen zur Unzulässigkeit der Anrechnung urlaubsbedingter Fehlzeiten der Hinweis, daß jedoch bei Sonderurlaub anders zu verfahren sei. Eine Begründung hierfür gibt er nicht.

Ausführlicher behandeln Fenn/Beppler (25) diesen Aspekt. Im Ergebnis bejahen sie ein Recht des Arbeitgebers, bezahlte Freistellungszeiten bei der Zahlung einer Anwesenheitsprämie zu berücksichtigen, wenn sich der Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 616 Abs. 1 BGB ergebe. Zwar beruhe auch diese Regelung auf sozialen Schutzwägungen. Da sie aber abdingbar sei, stehe sie weder unmittelbar noch ihrem Sinngehalt nach einer wirksamen Zusage von Anwesenheitsprämien im Wege. Statt Wegfall des Lohnes für die Fehlzeit könne der Arbeitgeber eine Prämie für tatsächliche Anwesenheit versprechen. Der einzelne Arbeitnehmer habe es sodann in der Hand, sich entweder für Freistellung von der Arbeit und "Normallohn" zu entscheiden oder für Anwesenheit im Betrieb und "Normallohn plus Anwesenheitsprämie" (26).

2. Stellungnahme und Lösungsversuch

- a) Die Anwesenheitsprämie ist eine vom Arbeitgeber zusätzlich

24) B1StSozArbR 1975, 33 (34)

25) RdA 1973, 228

26) Fenn/Beppler, aaO

zum normalen Arbeitsentgelt gewährte Geldleistung. Diese begriffliche Qualifizierung als eine zusätzliche Arbeitgeberleistung impliziert die zwingende Feststellung, daß ein Prämienanspruch einen Entgeltfortzahlungsanspruch voraussetzt. Unabhängig von der Streitfrage, ob und welche Fehlzeiten auf die Anwesenheitsprämie Einfluß nehmen können, besteht jedenfalls Einigkeit darüber, daß sie dann nicht ausbezahlt werden muß, wenn der Arbeitgeber für die Dauer einer Fehlzeit von der Entgeltfortzahlungspflicht befreit ist. Zutreffend ist deshalb die Ansicht des LAG Berlins (27), wonach ein Arbeitnehmer während eines unbezahlten Sonderurlaubs den Verlust der Anwesenheitsprämie in Kauf nehmen muß, weil ihm kein Schutzgesetz die Entgeltfortzahlung garantiert.

- b) Anders ist die Rechtslage bei einem kurzfristigen Sonderurlaub zu beurteilen.
 - aa) Gründet der Entgeltfortzahlungsanspruch während eines kurzfristigen Sonderurlaubs auf einer tarifvertraglichen Bestimmung, würde der Verlust der Anwesenheitsprämie dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG zuwiderlaufen (28). Dem Arbeitnehmer eröffnen sich nur die Alternativen: Freistellung von der Arbeit unter Lohnfortzahlung oder tatsächliche Arbeitsleistung für Lohn plus Anwesenheitsprämie. Das "Mehr", das der Arbeitnehmer hier durch tatsächliche Arbeit erzielen kann, besteht lediglich in der Anwesenheitsprämie; er würde also letztlich nur für die Prämie arbeiten.
 - bb) Nichts anderes kann gelten, wenn mangels einer tarifli-

28) darauf weisen zutreffend Fenn/Bepler hin, aaO

chen Bestimmung der Entgeltfortzahlungsanspruch auf § 616 Abs. 1 BGB beruht.

Diese Vorschrift ist konkreter Ausfluß des Fürsorgegedankens und soll den Arbeitnehmer während einer kurzfristigen Arbeitsverhinderung vor finanziellen Nachteilen bewahren.

Diesem unbestrittenen sozialen Schutzzweck wäre zuwidergehandelt, könnte der Arbeitgeber einen Mitarbeiter wegen berechtigter Freistellungszeiten mit dem Verlust der Prämie "bestrafen". Die Abdingbarkeit dieser Norm (29) erfordert keine andere Beurteilung. Zwar können die Arbeitsvertragsparteien die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers während eines kurzfristigen Sonderurlaubs vertraglich ausschließen, der Arbeitnehmer ist aber zum Abschluß einer solchen Vereinbarung nicht verpflichtet. Soweit diese Voraussetzungen gegeben sind, kann er sowohl Freistellung als auch Lohnfortzahlung fordern, ohne daß ihm dieses Recht zulässigerweise verwehrt werden könnte. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall nicht anders gestellt, als wenn der Arbeitnehmer infolge Krankheit nicht arbeiten würde. Er kann die Lohnfortzahlung nicht verweigern, sie ist durch § 616 Abs. 1 BGB gewissermassen zwingend angeordnet.

Fenn/Beppler (30) verkennen diese Konsequenz, wenn sie zur Begründung ihrer gegenteiligen Ansicht darauf verweisen, daß sich im Gegensatz zu einer tariflichen Freistellungs- und Entgeltfortzahlungsregelung hier dem Arbeitnehmer

29) vgl. oben S. 14, Fn. 32

30) Fenn/Beppler, aaO

auch die mögliche Alternative "Ohne Arbeit kein Lohn" stellen könne. Gegen den Willen des Arbeitnehmers vermag sich diese Alternative eben nicht zu stellen.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Anwesenheitsprämien dürfen entsprechend dem sozialen Schutzzweck des Arbeitsrechts nicht dazu dienen, den Arbeitnehmer zur Arbeit in einer Zeit anzuhalten, in der er von Rechts wegen der Arbeit fernbleiben darf und trotzdem sein Arbeitsentgelt zu beanspruchen hat.
2. Fehlzeiten, die durch einen vertraglich vereinbarten oder einen längerfristigen Sonderurlaub verursacht sind, haben mit dem Verlust des Arbeitsentgelts zwangsläufig auch den Verlust der Anwesenheitsprämie zur Folge.
3. Bei kurzfristigem Sonderurlaub, auf den der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch hat, ist der Arbeitgeber neben der Lohnfortzahlung auch zur Gewährung der Anwesenheitsprämie verpflichtet. Dies gilt unabhängig davon, auf welcher Anspruchsgrundlage die Lohnfortzahlungspflicht beruht.

C. Sonderurlaub und Krankheit

Die Erörterung der wichtigsten Rechtsfolgen eines Sonderurlaubs wäre unvollständig, ließe sie eine Untersuchung der für die Arbeitsvertragsparteien wohl praktisch bedeutsamsten Frage, die der Krankheit außer Acht:

Bereits die Möglichkeit einer Subsumtion bezahlter oder unbezahlter, kurzfristiger oder längerfristiger Freistellungen unter dem Begriff des Sonderurlaubs verbietet eine undifferenzierte und gebietet gleichzeitig eine differenzierende Betrachtungsweise. Es wird also zu unterscheiden sein, ob ein Arbeitnehmer während eines bezahlten oder eines unbezahlten Sonderurlaubs erkrankt. Darüberhinaus wird untersucht werden müssen, ob die Erkrankung während eines unbezahlten Sonderurlaubs anderen Rechtsfolgen dann unterliegt, wenn die Freistellung im Zusammenhang mit dem Erholungsurlaub gewährt wurde. Gerade die zuletzt aufgeworfene Frage hat bedingt durch die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, die für ihre zumeist weiten Urlaubsfahrten in ihre Heimatländer über den Tarifurlaub hinaus unbezahlten Sonderurlaub vereinbaren, in jüngster Zeit große praktische Bedeutung gewonnen (1) und schon wiederholt die Arbeitsgerichte beschäftigt. Abschließend sollen der Vollständigkeit halber, jedoch nur am Rande auch die krankenversicherungsrechtlichen Aspekte kurz gestreift werden.

I. Krankheit während eines Sonderurlaubs mit Lohnanspruch

1. Die Regelung nach dem Lohnfortzahlungsgesetz

Das Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz) vom 27.7.1969 (2) gewährt in § 1

1) Projahn, DB 1972, 1581

2) BGBl I, S. 946

einem Arbeiter (3), der nach Beginn der Beschäftigung durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, Anspruch auf Arbeitsentgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von 6 Wochen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes setzt der Anspruch auf Lohnfortzahlung voraus, daß die Arbeitsverhinderung ihre Ursache in der Krankheit des Arbeitnehmers haben muß, die "Krankheit muß die auslösende Ursache für die Verhinderung an der Arbeitsleistung sein" (4). Beruht die Arbeitsunfähigkeit also nicht auf Krankheit, sondern ist der Arbeitnehmer aus anderen Gründen an der Arbeit verhindert, besteht kein Anspruch auf Lohnfortzahlung (5).

2. Zusammentreffen von Sonderurlaub und Krankheit

- a) Wegen dieser gesetzlich normierten Ursächlichkeit der Krankheit für Arbeitsverhinderung entstehen Probleme dann, wenn die Krankheit mit anderen Ursachen der Arbeitsverhinderung zusammentrifft.

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur muß für den Lohnfortzahlungsanspruch nach dem Lohnfortzahlungsgesetz die Krankheit alleinige Ursache der Arbeitsunfähigkeit sein (6).

3) für Angestellte gilt § 616 Abs. 2 BGB

4) BAG, Urteil vom 14.1.1972 = AP Nr. 12 zu § 1 LohnFZG

5) in Betracht kommen kann aber ein Anspruch aus § 616 Abs. 1 bei kurzfristigem Sonderurlaub, vgl. oben S. 44 f

6) BAG AP Nr. 42 zu § 1 ArbKrankhG

BAG DB 1973, 1027

Becher, LFZG, § 1 Rdn. 26

Doetsch-Schnabel-Paulsdorff, § 1 Anm. 14

Kehrman-Pelikan, § 1 Rdn. 38

Kaiser, § 1 Anm. 29

Wenn diese Auffassung auch nicht unbestritten ist (7), so kommt doch auch die Gegenmeinung bei Anwendung des Lohnausfallprinzips (8) zu dem Ergebnis, daß ein Anspruch auf den Krankenlohn nur besteht, wenn der Arbeitnehmer im Falle der Nichterkrankung gearbeitet und Lohn erhalten hätte.

- b) Bei einem Zusammentreffen von Sonderurlaub und Krankheit müßte demnach konsequenterweise dem Arbeitnehmer der Krankenlohn versagt werden, weil er auch dann nicht gearbeitet hätte, wenn der Krankheitsfall nicht eingetreten wäre. Umgekehrt ist der Arbeitnehmer infolge der Krankheit nicht mehr in der Lage, den mit der Freistellung angestrebten Zweck zu erreichen. Damit ist eine zwingende Anspruchsvoraussetzung für den Sonderurlaub entfallen (9), was wiederum zwangsläufig zum Wegfall der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gem. § 616 Abs. 1 BGB führt.

Bei oberflächlicher Betrachtungsweise müßte man also zu dem Ergebnis kommen, daß der Arbeitgeber bei Erkrankung während eines Sonderurlaubs aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist.

7) Waldeyer, DB 1972, 680

v. Maydell, Beilage Nr. 15/1973 zu DB, Heft 28

8) Das Lohnausfallprinzip des § 2 LFZG bedeutet, daß für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist, das der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er nicht krank geworden wäre. Während der Geltung des ArbkrankhG hatte das "Bezugs- oder Referenzprinzip" gegolten, d. h. maßgebend war das im letzten abgerechneten Lohnabrechnungszeitraum erzielte Entgelt, vgl. Kehrman-Pelikan, § 2 Rdn. 1

9) vgl. oben S. 102

3. Lösungsversuch

Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses ist unschwer einsichtig. Der Gesetzgeber kann nicht gewollt haben, daß ein Arbeitnehmer Lohnfortzahlung sowohl bei Krankheit als auch bei kurzfristigem Sonderurlaub beanspruchen kann, bei einem Zusammentreffen von Sonderurlaub und Krankheit aber diesen Anspruch verlieren soll. So wird für diesen Fall ein bestehender Lohnfortzahlungsanspruch auch nirgends ernstlich in Zweifel gezogen. Er bedarf aber einer rechtlichen Begründung.

- a) Einen Ansatzpunkt hierfür bietet die in § 1 Abs. 1 Satz 1 LFZG normierte Kausalität zwischen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverhinderung. Die oben getroffene Feststellung, daß die Krankheit nicht alleinige Ursache der Arbeitsverhinderung sei, weil der Arbeitnehmer auch dann nicht gearbeitet hätte, wenn der Krankheitsfall nicht eingetreten wäre, bedarf einer Korrektur.

Krankheit und Sonderurlaub können nie kumulative, sondern immer nur alternative Ursachen einer Arbeitsverhinderung sein. Ein Sonderurlaub soll entsprechend seiner Zweckbestimmung eine Konfliktsituation lösen helfen, die anders als durch Freistellung von der Arbeit nicht bewältigt werden kann. Folgerichtig ist die Möglichkeit der Zweckerreichung unabdingbare Voraussetzung eines Freistellungsanspruchs. Diese Voraussetzung entfällt, wenn dem Arbeitnehmer - aus welchen Gründen auch immer - die Erreichung des mit dem Sonderurlaub verfolgten Zweckes unmöglich wird. Der Arbeitnehmer muß zum nächstmöglichen Zeitpunkt an seinen Arbeitsplatz zurückkehren.

Nichts anderes kann gelten, wenn infolge Krankheit der Sonderurlaub sinnlos wird. Der Arbeitnehmer müßte wieder arbeiten, er kann aber nicht. Die Krankheit ist als Ursache

der Arbeitsverhinderung an die Stelle des Sonderurlaubs getreten. Die Krankheit ist demnach ab diesem Zeitpunkt zur alleinigen Ursache der Arbeitsverhinderung geworden. Der Arbeitgeber ist damit bei Erkrankung während eines bezahlten Sonderurlaubs zur Lohnfortzahlung verpflichtet.

- b) Zum selben Ergebnis gelangt man auch mit der von der Mindermeinung vertretenen Ansicht (10), die einen Lohnfortzahlungsanspruch nicht aus der Ursächlichkeit von Krankheit und Arbeitsverhinderung ableitet, sondern aus dem in § 2 LFZG ausgestalteten Lohnausfallprinzip.

Danach entfällt der Lohnfortzahlungsanspruch dann, wenn der Arbeitnehmer auch ohne Krankheit keinen Anspruch auf Arbeitslohn gehabt hätte. Umgekehrt muß dann aber auch im Krankheitsfall ein Anspruch zugbilligt werden, wenn er ohne die Krankheit unabhängig von einer tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung einen Lohnfortzahlungsanspruch gehabt hätte (argumentum e contrario).

II. Krankheit bei Sonderurlaub ohne Lohnanspruch

Vielschichtiger stellt sich die Problematik bei einem unbezahlten Sonderurlaub dar. In Literatur und Rechtsprechung wird nahezu einhellig (11) ein Lohnfortzahlungsanspruch bei Erkrankung während eines unbezahlten Sonderurlaubs verneint. Ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts bestehe deshalb nicht, weil dem Arbeitnehmer während der Zeit des unbezahlten Urlaubs kein Arbeitsentgelt entgangen sei. Etwas an-

10) so z. B. Matthes, BB 1970, 1401

11) Schmatz/Fischwasser, § 1 C 118
Boldt/Röhsler, § 9 Anm. 44 f
Kehrmann-Pelikan, § 1 Anm. 42
Schaub, § 98 II 5
BAG AP Nr. 2 u. 4 zu § 9 BUrlG

deres könne nur gelten, wenn unbezahlter Sonderurlaub zusammen mit Erholungsurlaub gewährt worden sei und beide durch den übergreifenden Erholungszweck als Einheit betrachtet werden müßten. Für diesen Fall gebiete eine analoge Anwendung des § 9 BurlG bei Erkrankung einen Lohnfortzahlungsanspruch auch für die Zeit des anschließenden unbezahlten Urlaubs (12).

Diese undifferenzierte Betrachtungsweise der herrschenden Meinung vermag der Problematik nicht gerecht zu werden. Unbezahlten Sonderurlaub gibt es in zwei Ausprägungsformen: zum einen als Sonderurlaub, auf den der Arbeitnehmer einen aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abgeleiteten Rechtsanspruch hat, der aber nicht vergütet zu werden braucht, weil er länger als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit dauert, und zum anderen als zwischen den Arbeitsvertragsparteien vertraglich vereinbarten unbezahlten Sonderurlaub, den der Arbeitgeber auch hätte verweigern können. Beide Ausprägungsformen unterliegen unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten.

1. Erkrankung während eines Sonderurlaubs, der auf Grund eines aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abgeleiteten Rechtsanspruchs gewährt wurde

Ebenso wie beim bezahlten Sonderurlaub hat sich auch hier der Lohnfortzahlungsanspruch ausschließlich an den gesetzlichen Bestimmungen über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu orientieren. Ein erstes Ergebnis ist damit schon vorweggenommen. Es kann nicht darauf ankommen, ob dem Arbeitnehmer während der Zeit des Sonderurlaubs ein Arbeitsentgelt entgangen ist, sondern darauf, ob mit Eintritt des Krankheitsfalls eine neue und abschließliche Ursache für die Arbeitsverhinderung gesetzt wurde. Das ist hier zu bejahen. Es wurde bereits an anderer Stelle da-

12) siehe hierzu unten S. 109 ff

rauf hingewiesen, daß der Begriff des Sonderurlaubs als eine vom Erholungsurlaub scharf zu unterscheidende Form der Freistellung von der Arbeitspflicht verstanden werden muß, bei der sowohl Anspruchsvoraussetzungen als auch Rechtsfolgen eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegen.

Im Gegensatz zum Erholungsurlaub folgt daher beim Sonderurlaub der Anspruch auf Lohnfortzahlung nicht bereits dem Anspruch auf Freistellung, er bedarf vielmehr einer besonderen Rechtsgrundlage (13).

Auch ein Sonderurlaub der hier in Rede stehenden Art dient seiner Zweckbestimmung nach der Bewältigung einer Konfliktsituation unabhängig von der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Mit der Unmöglichkeit der Erreichung dieses Zwecks entfällt eine unabdingbare Anspruchsvoraussetzung, die zwingend das Ende des Sonderurlaubs zur Folge hat, womit wiederum die Krankheit zur alleinigen Ursache der Arbeitsverhinderung geworden ist.

Dieses Ergebnis ist auch mit dem sozialen Schutzzweck der gesetzlichen Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart. Eine andere Beurteilung würde zu willkürlichen und sachlich nicht zu rechtfertigenden Konsequenzen führen. Wird beispielsweise einem Arbeitnehmer ein kurzfristiger Sonderurlaub von drei oder vier Tagen gewährt und erkrankt er am zweiten Tag, hat er einen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Erforderte die Bewältigung einer konkreten Konfliktsituation dagegen eine längere Freistellung von sechs oder sieben Tagen und erkrankt der Arbeitnehmer dann am zweiten Tag, müßte ihm nach herrschender Meinung ein Lohnfortzahlungsanspruch versagt werden. Obwohl der Arbeitgeber in beiden Fällen den Arbeitnehmer aufgrund eines berech-

13) vgl. oben S. 4

tigten Bedürfnisses von der Arbeit freistellen mußte, würde nur im ersten Fall der Arbeitnehmer in den Genuß der Lohnfortzahlung kommen. Der Arbeitgeber bräuchte einen Arbeitnehmer also "entgegenkommender Weise" nur ein paar Tage länger frei zu stellen, um nicht nur von der Lohnzahlungspflicht für die Zeit der Freistellung, sondern auch von der Lohnzahlungspflicht im Falle einer Erkrankung während des Sonderurlaubs befreit zu sein. Einer Umgehung der letztlich dem Arbeitnehmer als sozial schwächeren Arbeitsvertragspartner dienenden Lohnfortzahlungsvorschriften wäre damit Tür und Tor geöffnet.

Diese Überlegungen gelten, wenn infolge der Erkrankung der mit dem Sonderurlaub verfolgte Zweck nicht mehr erreicht werden kann, wenn also - wie mit den vorstehenden Beispielen deutlich gemacht - der Sonderurlaub zeitlich kurz bemessen ist und die Krankheit während dieser gesamten oder überwiegenden Zeit andauert.

Umfaßt hingegen der Sonderurlaub einen längeren Zeitraum und dauert die Krankheit nur relativ kurze Zeit, so daß der verfolgte Zweck noch innerhalb der vorgesehenen Zeit erreicht werden kann, besteht für die Zeit der Krankheit kein Lohnfortzahlungsanspruch, weil der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht schlechter steht als wenn er nicht krank geworden wäre. Schlechter würde er dagegen stehen, wenn infolge der Krankheit zur Erreichung des mit dem Sonderurlaub verfolgten Zwecks eine Verlängerung erforderlich wird. Dann aber gelten uneingeschränkt die obigen Erwägungen mit der Folge, daß für die Zeit der Krankheit Lohnfortzahlung zu gewähren ist.

2. Erkrankung während eines zwischen den Arbeitsvertragsparteien vertraglich vereinbarten Sonderurlaubs
 - a) Als Ausfluß der in § 305 BGB normierten Vertragsfreiheit können die Arbeitsvertragsparteien einen Sonderurlaub auch vertraglich vereinbaren. Die Initiative hierzu wird in aller Regel vom Arbeitnehmer ausgehen, der - aus welchen Gründen auch immer - für eine bestimmte Zeit von der Arbeit

freigestellt werden will. Der entscheidende Unterschied zum vorstehend erörterten Fall besteht darin, daß der Arbeitnehmer zwar ein Interesse an der Freistellung haben muß (14), die Gründe hierfür aber nicht gewichtig genug sind, um einen Rechtsanspruch zu begründen. Der Arbeitgeber kann dieses Angebot annehmen aber auch ablehnen. Ausschlaggebend für seine Entscheidung wird das Maß seines Interesses an der Erbringung der Arbeitsleistung sein.

Entspricht der Arbeitgeber dem Wunsch seines Arbeitnehmers und gewährt ihm den Sonderurlaub, kommt ein Vertrag zustande, der die Suspendierung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten - Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und Lohnzahlung des Arbeitgebers - für die Dauer der fest bestimmten Zeit bewirkt. Rechtsgrundlage dieser Freistellung ist also nicht ein aus der Fürsorgepflicht abgeleiteter Anspruch, sondern ausschließlich die vertragliche Vereinbarung. Der Wunsch oder das Bedürfnis des Arbeitnehmers zählt hier nicht zu den Anspruchsvoraussetzungen, seine Bedeutung erschöpft sich vielmehr im Bereich der Motivation. Nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen vermag eine Veränderung im Motivationsbereich liegender Umstände vertraglich begründete Rechte und Pflichten nicht zu beseitigen. Oder anders ausgedrückt: Wenn der Arbeitnehmer den mit dem Sonderurlaub verfolgten Zweck nicht mehr erreichen kann, dieser also sinnlos geworden ist, bleiben dennoch die Hauptleistungspflichten grundsätzlich so lange suspendiert, als dies vertraglich festgelegt worden ist. Ursache der Arbeitsverhinderung ist und bleibt der vereinbarte Sonderurlaub, auch wenn während des Sonderurlaubs der Krankheitsfall eingetreten ist. Die Krankheit könnte auch hinweg gedacht werden, ohne daß die Arbeitsverhinderung infolge der Suspendierung entfielen.

14) andernfalls er die Freistellung nicht beantragen würde

Damit fehlt der Kausalzusammenhang zwischen Erkrankung und Arbeitsverhinderung. Der Arbeitnehmer kann bei Erkrankung während eines unbezahlten Sonderurlaubs nicht anders stehen, als er ohne die Erkrankung in dieser Zeit gestanden hätte, d. h. er kann keinen Anspruch auf Lohn- oder Gehaltsfortzahlung jedenfalls für die vorgesehene Zeit des Sonderurlaubs beanspruchen (15).

- b) Diese Konsequenz birgt naturgemäss erhebliche Risiken für die Arbeitnehmer in sich. Andererseits kann nicht geleugnet werden, daß der Sonderurlaub aus der Sicht des Arbeitnehmers mit Eintritt der Krankheit zwecklos geworden ist. Die Unmöglichkeit der Zweckerreichung einerseits und das ausschliesslich vom Arbeitnehmer zu tragende finanzielle Risiko andererseits läßt es gerechtfertigt erscheinen, wenigstens die Möglichkeit einer Korrektur dieses Ergebnisses aus Billigkeitsgründen in Erwägung zu ziehen. Hierfür bietet sich das von der Lehre entwickelte und von der Rechtsprechung übernommene Institut vom "Wegfall der Geschäftsgrundlage" an. Es ist das alte Problem der "clausula rebus sic stantibus", der Berücksichtigung der veränderten Umstände, die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein bestehendes Vertragsverhältnis durch die unvorhergesehene Änderung der Verhältnisse so stark betroffen wird, daß seine fernere unveränderte Aufrechterhaltung trotz der grundsätzlich gebotenen Vertragstreue nicht mehr gerechtfertigt ist.

Nach ständiger Rechtsprechung wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrages gebildet durch die bei Abschluß zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht

15) so im Ergebnis bereits BAG, Urteil vom 26.8.1960 in AP Nr. 20 zu § 63 HGB

beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei oder die gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Vertragsparteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (16). Diese auf Oertmann (17) zurückgehende subjektive Formel wird zwar von der Lehre überwiegend abgelehnt (18), doch ist dieser Meinungsstreit überwiegend dogmatischer Natur und kann hier dahinstehen. Einigkeit besteht darüber, daß bei Unmöglichkeit der Zweckerreichung der Bestand des Vertrages selbst nur dann berührt werden kann, wenn es sich nicht nur um den Zweck einer Partei, sondern um den gemeinsamen Zweck handelt (19). Davon zu unterscheiden ist das einseitig gebliebende Motiv für den Vertragsschluß, das für die Willensbildung einer Partei bestimmend war, möglicherweise auch dem Vertragspartner mitgeteilt wurde, aber nicht in die gemeinsamen Grundlagen des Geschäftswillens aufgenommen wurde.

Diese Ausführungen veranschaulichen, daß die Entscheidung, ob der Zweck zur gemeinsamen Geschäftsgrundlage geworden oder einseitiges Motiv geblieben ist, grundsätzlich nur nach Kenntnis aller Umstände des konkreten Einzelfalls getroffen werden kann. Theoretisch denkbar könnte sich also der Arbeitgeber das Motiv eines Arbeitnehmers für den Sonderurlaub zu eigen und damit zum gemeinsamen Vertragszweck machen. Dafür müßten aber schon besondere Anhaltspunkte vorliegen,

16) RGZ 103, 332 und vor allem BGH NJW 1951, 836

17) Oertmann, aaO

18) vgl. Palandt, § 242, 6 B a m.w.N.

19) Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, spricht insoweit vom "objektiven Vertragszweck", im Ergebnis ebenso BGH NJW 1953, 1585

etwa ein betriebliches Interesse an der Erreichung des mit dem Sonderurlaub verfolgten Zweckes. Praktisch wird dies kaum der Fall sein. Das (betriebliche) Interesse eines Arbeitgebers an seinen Mitarbeitern erschöpft sich mit einer ordnungsgemäßen Erbringung der Arbeitsleistung. Ihn mögen die persönlichen Wünsche und Belange des Arbeitnehmers letztlich berühren, ein betriebliches Interesse kann damit aber schon deshalb nicht verbunden sein, weil diese Interessen naturgemäß in diametralem Gegensatz zueinander stehen.

Diese nicht zu bestreitende Tatsache führt zwingend zu dem Schluß, daß bei einem vertraglich vereinbarten Sonderurlaub der gemeinsame Geschäftszweck in der Suspendierung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten zu sehen ist. Die Gründe die den Arbeitnehmer dazu bewogen haben, dem Arbeitgeber den Abschluß eines solchen Vertrages anzutragen, bleiben mangels ausdrücklich entgegenstehender Anhaltspunkte einseitiges Motiv und werden nicht zum gemeinsamen Vertragszweck.

Auch mit dem Institut des "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" ist somit eine Korrektur des oben gefundenen Ergebnisses nicht zu erreichen. Der Arbeitnehmer hat das Risiko der Erkrankung während eines vertraglich vereinbarten Sonderurlaubs zu tragen. Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung steht ihm nicht zu.

- c) Unabhängig von diesen grundsätzlichen Rechtsfolgen einer Erkrankung während eines frei vereinbarten Sonderurlaubs bleibt es den Arbeitsvertragsparteien selbstverständlich unbenommen, davon abweichende Vereinbarungen zu treffen. So kann vertraglich festgelegt werden, daß der Sonderurlaub im Falle der Erkrankung vorzeitig enden soll, um dem Arbeitnehmer für die Dauer der Krankheit einen Lohnfortzahlungsanspruch zu sichern.

III. Erkrankungen während eines Sonderurlaubs, der im Zusammenhang mit dem Erholungsurlaub gewährt wurde

Die vorstehenden Erörterungen betrafen die Rechtsfolgen bei einem vereinbarten Sonderurlaub, der unabhängig vom Erholungsurlaub gewährt wurde. In der Arbeitspraxis konnte in den letzten Jahren zunehmend eine Kombination von Erholungsurlaub mit zusätzlichem unbezahlten Sonderurlaub beobachtet werden. Vor allem ausländische Arbeitnehmer treten vielfach mit entsprechenden Wünschen an ihre Arbeitgeber heran, um wegen der zumeist weiten Fahrten in ihre Heimatländer eine Verlängerung des Urlaubs zu erreichen. Nicht überraschend haben deshalb in den letzten Jahren überwiegend Lohnfortzahlungsansprüche ausländischer Arbeitnehmer, die während ihres Heimaturlaubs erkrankten, die Arbeitsgerichte beschäftigt.

1. Die Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur

- a) Das BAG hatte sich mit dieser Problematik erstmals im Jahre 1971 zu beschäftigen (20). Der damals noch für Fragen des LFZG zuständige Erste Senat hat im Fall eines jugoslawischen Gastarbeiters, der im Anschluß an seinen Erholungsurlaub einen unbezahlten Sonderurlaub erhalten hatte und während des Erholungsurlaubs in seiner Heimat erkrankt war, entschieden, daß der Arbeitnehmer wegen der Erkrankung den unbezahlten Urlaub mangels entgegenstehender Abreden nicht anzutreten brauchte, weil auch der unbezahlte Urlaub Erholungszwecken dienen sollte (21).

20) BAG Urteil v. 23.12.1971 = AP Nr. 2 zu § 9 BUrlG

21) Die gleiche Ansicht vertrat das BAG bereits in einer Entscheidung vom 22.6.1961 in SAE 1962, 47; in dem dort entschiedenen Fall handelte es sich aber nicht um einen ausländischen Arbeitnehmer

Der seit 1.1.1972 für Fragen des LFZG zuständige Fünfte Senat hat erstmals mit Urteil vom 10.2.1972 Stellung bezogen (22). Auch in diesem Fall war einem Gastarbeiter im Anschluß an seinen Erholungsurlaub unbezahlter Sonderurlaub gewährt worden und der Arbeitnehmer während des Erholungsurlaubs erkrankt. Dennoch verneinte hier das BAG einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Rückgängigmachung des Sonderurlaubs, da eine entsprechende Vereinbarung nicht getroffen sei und der Sonderurlaub "ohne besonderen Grund" gewährt worden sei.

Mit Urteil vom 3.10.1972 (23) entschied derselbe Senat, daß ein an den Erholungsurlaub zeitlich anschließender und zu Erholungszwecken gewährter Sonderurlaub im Zweifel durch Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers unterbrochen wird. Dies sei kein Widerspruch zur Entscheidung vom 10.2.1972 (24), da in dem dort entschiedenen Fall kein durch einen "einheitlichen Erholungszweck verbundener Gesamturlaub" vorlag. Nur der einheitliche Erholungszweck rechtfertige eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG auf den unbezahlten Sonderurlaub.

- b) In der Literatur hat diese Ansicht des BAG zwar überwiegende (25), aber keineswegs ungeteilte Zustimmung gefunden (26).

22) AP Nr. 15 zu § 1 LFZG

23) AP Nr. 4 zu § 9 BUrlG

24) wie Fußnote 22

25) Baumert, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 9 BUrlG

Schaub, § 98 II 5

Boldt-Röhsler, § 9 Anm. 44/45

Kehrman-Pelikan, § 1 Anm. 42 a

Schmatz-Fischwasser, Bem. II 1 c, C 116

Monjau, Anm. zum Urteil v. 3.10.72 in SAE 1973, 223 f

26) Peterek, gemeinsame Anmerkung zu den Urteilen des BAG v.

23.12.1971 und 10.2.1972 in SAE 72, 111 ff

Projahn, DB 72, 1581 f

Thiele-Weschenfelder, Anm. zu AP Nr. 2 zu § 9 BUrlG und AP Nr. 15 zu § 1 LFZG

Während Projahn (27) das Abstellen auf den Erholungszweck des Sonderurlaubs generell ablehnt und für alle Fälle der Erkrankung während des bezahlten wie des unbezahlten Urlaubs im Lohnausfallprinzip die Lösung zu finden glaubt, halten vor allem Thiele-Weschenfelder (28) die entsprechende Anwendung des § 9 BurlG nicht schon für gerechtfertigt, wenn der Sonderurlaub zu Erholungszwecken gewährt wurde. Ein den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigender Mehr- oder Sonderurlaub, sei er bezahlt oder unbezahlt, könne mangels abweichender Abreden (29) nur dann am Schutz des § 9 BurlG teilhaben, wenn er nicht nur Erholungszwecken zu dienen bestimmt ist, sondern auch einem beiderseits anerkannten Erholungsbedürfnis Rechnung tragen soll.

- c) Offensichtlich unter dem Eindruck der Kritik von Thiele-Weschenfelder forderte auch das BAG erstmals im Urteil vom 1.7.1974 (30) neben dem Erholungszweck des Sonderurlaubs ein berechtigtes Urlaubsbedürfnis des Arbeitnehmers. Harbeck (31) begrüßt diese Einschränkung, weil andernfalls dem Arbeitgeber ein unzumutbares Risiko aufgebürdet würde. Das zusätzliche Kriterium des berechtigten Erholungsbedürfnisses habe den Vorteil, daß es nicht einseitig subjektiv auf die Meinung des Arbeitnehmers abstellt, sondern eine objektive, die Interessen des Arbeitgebers, der übrigen Arbeitnehmerschaft und des einzelnen Arbeitnehmers abwägende Nachprüfung

27) aaO, Fußnote 26

28) aaO, Fußnote 26

29) die Zulässigkeit abweichender Parteiabreden bejaht ausdrücklich LAG Hamm, BB 1975, 1303

30) SAE 1974, 165 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thiele-Weschenfelder, Anm. zu AP Nr. 2 und § 9 BurlG

31) B1StSozArbR 1975, 289 ff.

erfordere.

2. Stellungnahme und Lösungsversuch

Bei einer kritischen Würdigung der aufgezeigten Judikatur des BAG fällt eine bemerkenswerte Wandlung weniger im sachlichen Ergebnis als vielmehr in der rechtlichen Begründung auf.

- a) In den beiden erstgenannten Entscheidungen (32) meinte das BAG, der Arbeitnehmer brauche bei Erkrankung seinen Urlaub nicht zu nehmen und der Arbeitgeber dürfe ihn nicht an der unbezahlten Beurlaubung festhalten. Dies gebiete der personale Faktor in den Bindungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der hier als besonderes Sicherungs- und Vertrauensmoment in Erscheinung trete. Dann aber sei die Krankheit der einzige Grund, der den Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung hindere. Damit lägen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 LFZG vor.

Dieser Ansicht kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden.

- aa) Sie würde im Grunde auf fast alle Fälle der Vereitelung des Urlaubszwecks passen. Der Fürsorgegedanke - seine Anwendbarkeit unterstellt - würde zum selben Ergebnis zwingen, wenn der Verwendungszweck des Sonderurlaubs aus anderen als aus Krankheitsgründen vereitelt wird. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum der Arbeitnehmer nur dann nicht an der unbezahlten Beurlaubung festgehalten werden dürfe, wenn diese Erholungszwecken diene. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür ist nicht ersichtlich.

bb) Die Ansicht des BAG verkennt außerdem die Grenzen der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht. Diese stellt ihrer Grundidee entsprechend einen Weg dar, soziale Vorstellungen vom Arbeitsverhältnis rechtlich zu verwirklichen. Diese Vorstellungen sind geprägt von dem Bemühen, soziale Spannungen und Gegensätze im Individualarbeitsrecht zu mindern, die sich vor allem aus der Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Organisationsgewalt des Arbeitgebers ergeben (33). Von diesem Grundverständnis der Fürsorgepflicht ausgehend kann eine Verpflichtung des Arbeitgebers zu einem bestimmten Verhalten nur in Betracht kommen, wenn der Anlaß hierzu mit dem Arbeitsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang steht und deshalb vom Arbeitgeber mit zu verantworten ist (34). Es wurde bereits oben festgelegt (35), daß die Zweckbestimmung eines vertraglich vereinbarten Sonderurlaubs grundsätzlich im Motivationsbereich des Arbeitnehmers liegt und nicht zum gemeinsamen Geschäftszweck wird. Die Nichterreichung des Urlaubszwecks und damit die Sinnlosigkeit des Urlaubs selbst ist folgerichtig ein vom Arbeitnehmer in Kauf zu nehmendes Risiko. Wenn aus diesen Gründen schon das auf dem Grundsatz von Treu und Glauben des § 224 BGB beruhende Rechtsinstitut vom "Wegfall der Geschäftsgrundlage" nicht zu einer Änderung oder Aufhebung der Vereinbarung zu führen vermag, würden durch einen Rückgriff auf die Fürsorgepflicht die Befürchtungen Richardis bestätigt und die Fürsorgepflicht zur "Begründungsschablone für als sinnvoll erkannte

33) vgl. oben S. 26

34) vgl. oben S. 28

35) S. 106 f.

Rechtsfolgen" (36) entwertet.

b) Es scheint, als habe das BAG die Angreifbarkeit seiner eigenen Ansicht erkannt, da in den nachfolgenden Entscheidungen die Fürsorgepflicht nicht mehr "strapaziert" wird. Erstmals im Urteil vom 10.2.1972 (37) begründet das BAG den von ihm bejahten Lohnfortzahlungsanspruch mit einer analogen Anwendung des § 9 BUrlG.

aa) Nach dieser Ansicht werden, wenn ein Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt, die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet. Zwar ist diese Folge nur für den Mindesturlaub nach dem BUrlG gesetzlich bestimmt, sie gilt aber nach allgemeiner Meinung wie auch die übrigen Grundsätze des BUrlG im Regelfall auch für den durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag gewährten Erholungsurlaub (38).

Auch dieser über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende bezahlte Erholungsurlaub wird bei Erkrankung unterbrochen. Diese Folgerung ist allerdings nicht zwingend. Gerade zu § 9 BUrlG hat das BAG entschieden, daß zusätzlicher, über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus gewährter Erholungsurlaub nicht den Schutzvorschriften des BUrlG unterliegt (39).

36) in Tomandl, S. 59

37) wie Fußnote 22

38) Monjau, aaO, wie Fußnote 25

39) BAG vom 21.6.1968 in AP Nr. 1 zu § 9 BUrlG = SAE 1968, 274

Daraus folgt aber nur, daß die Anwendung des § 9 BUrlG auf Mehrurlaub nicht unabdingbar ist. Es kann also etwas anderes, folglich auch die Anrechnung bei Krankheit festgelegt werden. Geschieht das nicht, muß vom Regelfall ausgegangen und Mehrurlaub wie der gesetzliche Mindesturlaub behandelt werden.

- bb) Andere Tatbestände werden von den Vorschriften des BUrlG nicht erfaßt. Für einen unbezahlten Sonderurlaub kann daher die Regel des § 9 BUrlG zumindest keine unmittelbare Anwendung finden.

Mit dem BAG ist deshalb davon auszugehen, daß ein Lohnfortzahlungsanspruch bei Erkrankung während eines unbezahlten Sonderurlaubs allenfalls mit einer analogen Anwendung des § 9 BUrlG begründet werden kann (40).

- c) Unter Analogie verstehen wir die Übertragung der für einen Tatbestand oder für mehrere, untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ähnlichen Tatbestand (41). Die Übertragung gründet sich darauf, daß infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten beide Tatbestände gleich zu bewerten sind, also auf die Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln (42).

40) Es handelt sich also in erster Linie um ein Problem der Analogie, während vom BAG der Eindruck erweckt wird, als handele es sich vorwiegend nur um ein Problem des Urlaubszweckes. Diese Frage gewinnt ihre Bedeutung erst im Rahmen der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer analogen Anwendung des § 9 BUrlG.

41) Larenz, Methodenlehre, S. 366

42) Larenz, wie Fußnote 41

Die Tatbestände dürfen einander weder gleich noch absolut ungleich sein, sie müssen aber gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen. Um zu erkennen, welche Elemente des gesetzlich geregelten Tatbestandes für die gesetzliche Wertung bedeutsam sind, muß auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, die ratio legis zurück gegriffen werden.

- d) Nach heute unbestrittener Ansicht dient der Erholungsurlaub der Erhaltung der Wiederherstellung der Gesundheit und der Arbeitskraft des Arbeitnehmers (43). Wegen dieser Zweckbestimmung ist der Erholungsurlaub dem Arbeitsverhältnis immanent (44). Aus dieser Ansicht läßt sich eine dreifache Wertung ableiten, die im BUrlG ihren Niederschlag gefunden hat:

- 1) Jeder Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Bedürfnis, sich in regelmäßigen Abständen von den Anstrengungen der Arbeit zu erholen.
- 2) Der Erholungsurlaub dient der Befriedigung dieses berechtigten Bedürfnisses.
- 3) Die Ursache des Erholungsbedürfnisses liegt im Arbeitsverhältnis begründet.

Erkrankt nun der Arbeitnehmer während des Urlaubs, wird sein Zweck, die Befriedigung des Urlaubsbedürfnisses, vereitelt. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber im § 9 BUrlG Rechnung getragen und festgeschrieben, daß bei Erkrankung während des Urlaubs die Krankheitstage nicht auf den Jahresurlaub ange-

43) vgl. oben S. 38 , Fußnote 44

44) BAGE 3, 23

rechnet werden.

Die Bedeutung dieser Schutzvorschrift liegt entsprechend ihrem Wortlaut also zunächst darin, daß der Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch nicht verliert. Er wird während der Dauer der Krankheit so gestellt, als habe er keinen Urlaub. Erst in zweiter Linie bewirkt § 9 BUrlG, daß durch die Unterbrechung des Urlaubs die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zur alleinigen Ursache der Arbeitsverhinderung wird und dem Arbeitnehmer damit ein uneingeschränkter Anspruch auf Krankenlohn zusteht.

e) Eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG auf den unbezahlten Sonderurlaub setzt in Anwendung oben dargestellter Grundsätze voraus, daß ihm eine dem Erholungsurlaub vergleichbare Wertung zukommt.

aa) Nach Ansicht von Peterek (45) kann hier § 9 BUrlG weder unmittelbar noch analog zur Anwendung kommen. Es handle sich überhaupt nicht um den Fall einer entsprechenden Rechtsanwendung. Die Bestimmung des § 9 BUrlG sei eine logisch konsequente Formulierung des Umstandes, daß der Jahresurlaub der Erholung des Arbeitnehmers von der Arbeit und der Auffrischung der Kräfte für den Betrieb durch die Gewährung bezahlter Freizeit diene. Erkrankt der Arbeitnehmer während des Urlaubs, so könne diese Zweckerreichung nicht eintreten. Die dafür vorgesehene bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht werde durch das Eintreten der gesetzlichen Voraussetzungen, der Gehalts- bzw. Lohnfortzahlungspflicht abgelöst.

45) Peterek, gemeinsame Anmerkung zu den Urteilen des BAG vom 23.12.1971 und 10.2.1972 in SAE 1972, 221

Beim unbezahlten Sonderurlaub liege demgegenüber gerade keine Anspruchsvoraussetzung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auf diesen Urlaub und auf die gleichzeitige Weiterzahlung der Vergütung vor. Die Sachlage sei insoweit mit der gesetzlichen Regelung des § 9 BUrlG nicht vergleichbar (46).

Diese Ansicht verkennt die Voraussetzungen eines Analogieschlusses. Wenn nämlich auf einen Erholungszwecken dienenden Sonderurlaub ein Rechtsanspruch unter gleichzeitiger Weiterzahlung der Vergütung bestünde, wären die Tatbestände nicht mehr vergleichbar, sondern gleich. Des weiteren sieht Peterek in § 9 BUrlG zu Unrecht eine Lohnfortzahlungsvorschrift. Richtiger Ansicht nach führt die Anwendung des § 9 BUrlG aber nur zu einer Unterbrechung des Urlaubs, weil der damit verfolgte Zweck infolge Krankheit nicht mehr erreicht werden kann. Die Unterbrechung des Urlaubs bewirkt erst die Anwendung der Lohnfortzahlungsvorschriften für den Krankheitsfall, weil dann die Krankheit zur alleinigen Ursache für die Arbeitsverhinderung geworden ist. Dies gilt unabhängig davon, ob während des Urlaubs ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bestand oder nicht. Sinn und Zweck des § 9 BUrlG ist damit nicht die Sicherung eines Lohnfortzahlungsanspruchs, dieser folgt vielmehr unmittelbar aus den Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Der fehlende Lohnanspruch während eines Sonderurlaubs steht folglich einer analogen Anwendung des § 9 BUrlG nicht entgegen.

bb) Eine dem Erholungsurlaub vergleichbare Wertung kann einem

Sonderurlaub zukommen, wenn er auch Erholungszwecken zu dienen bestimmt ist. Das reicht aber entgegen der früheren Ansicht des BAG noch nicht aus, eine entsprechende Anwendung des § 9 BUrlG zu rechtfertigen.

Am Schutz des § 9 BUrlG kann ein Sonderurlaub nur teilhaben, wenn er nicht nur Erholungszwecken zu dienen bestimmt ist, sondern auch einem beiderseits anerkannten Erholungsbedürfnis Rechnung tragen soll (47). Nicht ohne weiteres liegt nämlich dem Erholungszweck eines Urlaubs auch ein entsprechendes Bedürfnis zugrunde. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der gesetzliche oder tarifliche Jahresurlaub dem berechtigten Erholungsbedürfnis ausreichend Rechnung trägt. Ob dies wissenschaftlichen Erkenntnissen exakt entspricht, kann hier dahinstehen. Die Festlegung einer bestimmten Urlaubsdauer für alle einer vergleichbaren Tätigkeit nachgehenden Arbeitnehmer ist im Interesse der Gleichbehandlung und aus Gerechtigkeitsgründen geboten. Die Unterstellung eines zu Erholungszwecken gewährten Sonderurlaubs unter den Schutz des § 9 BUrlG würde demgegenüber zu einer sachlich nicht gebotenen Ungleichbehandlung führen, wenn nicht ein berechtigtes zusätzliches Urlaubsbedürfnis nachgewiesen ist.

- cc) Aus diesem Gebot der Gleichbehandlung folgt, daß ein zusätzliches Urlaubsbedürfnis im hier verstandenen Sinne nur anerkannt werden kann, wenn das gesetzlich oder tarifvertraglich zugestandene Bedürfnis nach Erholung noch nicht befriedigt ist und mit dem (noch) zur Verfügung stehenden Jahresurlaub nicht befriedigt werden kann. Wenn

47) dies haben Thiele-Weschenfelder zutreffend erkannt, Fußnote 26

demgegenüber ein Arbeitnehmer seinen Urlaub aufgebraucht hat, kommt ein zusätzliches Erholungsbedürfnis nicht mehr in Betracht (48).

Nicht auf jeden als Erholungsurlaub deklarierten Sonderurlaub kann deshalb die besondere soziale Schutzenschrift des § 9 BUrlG angewendet werden. Ein die Analogie rechtfertigender Sachverhalt liegt hier nur dann vor, wenn der Sonderurlaub nicht nur Erholungszwecken zu dienen bestimmt ist, sondern auch einem noch vorhandenen Erholungsbedürfnis Rechnung tragen soll. Der Sonderurlaub muß also mit dem Erholungsurlaub zu einem einheitlichen Gesamturlaub verbunden sein, der die Befriedigung eines beiderseits anerkannten Erholungsbedürfnisses zum Ziele hat (49).

- dd) Der ratio des § 9 BUrlG entsprechend muß der Sonderurlaub auch einer zeitlichen Beschränkung unterworfen werden. Die Analogie des § 9 BUrlG ist nur so lange gerechtfertigt, als der Gesamturlaub zur Erreichung des Erholungszieles notwendig, aber auch ausreichend ist. Eine feste Regel über die noch als angemessen zu wertende Dauer eines Sonderurlaubs läßt sich nicht aufstellen. Je nachdem wieviel "regulärer" Erholungsurlaub noch zur

48) mit der Einbringung des Jahresurlaubs gilt das Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers als befriedigt. Unerheblich bleibt dabei, ob der Erholungszweck tatsächlich erreicht wurde, da die Urlaubsgestaltung - abgesehen von der Ausnahmenvorschrift des § 9 BUrlG - Sache des Arbeitnehmers ist.

49) so auch zutreffend Harbeck, BlStSozArbR 1975, 289 und BAG, SAE 1973, 222, das aber nur auf das einheitliche Erholungsziel und nicht auf das berechnete Erholungsbedürfnis abstellt.

Verfügung steht, kann ein längerer oder kürzerer Sonderurlaub zur Befriedigung des Erholungsbedürfnisses erforderlich sein. Man wird deshalb darauf abzustellen haben, ob die Dauer des Gesamturlaubs als angemessen bezeichnet werden kann. Thiele-Weschenfelder (50) halten eine mittlere Urlaubsdauer von drei bis vier Wochen für angemessen, da dies in etwa dem Durchschnitt der auf gesetzlicher, tarifvertraglicher und einzelvertraglicher Grundlage tatsächlich gewährten Urlaubsdauer entspricht. Dies mag im Jahre 1972 richtig gewesen sein, kann aber den heutigen Tatsachen nicht mehr gerecht werden. Die sich ständig fortentwickelnden Wertanschauungen unserer Gesellschaft haben bis heute zu einer beträchtlichen Verlängerung der Urlaubszeiten in fast allen Bereichen geführt (51). Konsequenterweise müßten Thiele-Weschenfelder heute eine mittlere Urlaubsdauer von ca. fünf Wochen für angemessen halten und diese Ansicht nach jeder Tarifrunde, die zu einer Verlängerung des Urlaubs geführt hat, korrigieren. Darüberhinaus verkennen Thiele-Weschenfelder, daß die Angemessenheit der Urlaubsdauer hier nicht den jeweils geltenden sozialen Anschauungen, sondern der ratio des § 9 BUrlG entsprechen muß. Das BUrlG aber regelt nur den vom Gesetzgeber für angemessen gehaltenen Mindesturlaub. Ausschließlich daran hat sich die Angemessenheit zu orientieren. Dem Schutzzweck des § 9 BUrlG unterliegt somit ein zu Erholungszwecken gewährter Sonderurlaub nur, wenn die Gesamtdauer des Urlaubs die in § 3 BUrlG festgelegte Mindestdauer nicht überschreitet.

50) Thiele-Weschenfelder, aaO

51) vgl. z. B. Tarifvereinbarung vom 13.2.1979 über Urlaub und Urlaubsentgelt für das Mechanikerhandwerk in Bayern, die einen Jahresurlaub bis zu 28 Arbeitstagen vorsieht

ee) Nicht jedes zusätzliche Erholungsbedürfnis kann als gerechtfertigt anerkannt werden. An dieser Stelle gewinnt die dritte aus der ratio legis des BUrlG abgeleitete Wertung an Bedeutung: Die Ursächlichkeit des Arbeitsverhältnisses für das zusätzliche Urlaubsbedürfnis. Diese Ursächlichkeit ist beispielsweise dann nicht gegeben, wenn ein Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub bis auf wenige Tage bereits im Sommer genommen hat und zu den restlichen Urlaubstagen im Winter noch einen zusätzlichen unbezahlten Urlaub erbittet, um "sinnvoll Winterurlaub machen zu können" (52). Wer auf diese Weise seinen gesetzlichen oder tariflichen Jahresurlaub verlängert, und sei es auch zu Erholungszwecken, kann sich, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, nicht auf eine aner kennenswerte Erholungsbedürftigkeit berufen.

Anders wäre die Frage dann zu beurteilen, wenn dem Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen der Urlaub nicht zusammenhängend, sondern nur in kleinen Teilraten gewährt werden konnte. Eine derartige Aufstückelung des Urlaubs widerspricht der Vorschrift des § 7 Abs. 2 BUrlG, die ihre innere Rechtfertigung gerade darin findet, daß nach allgemeiner Anschauung der Erholungszweck nur dann erreicht werden kann, wenn sich der Urlaub über eine bestimmte Mindestzeit erstreckt. Die Ursache des somit zu bejahenden zusätzlichen Urlaubsbedürfnisses liegt nicht im persönlichen Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers, sondern im Arbeitsverhältnis und damit im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers begründet. Das rechtfertigt die analoge Anwendung des § 9 BUrlG.

52) Beispiel von Thiele-Weschenfelder, aaO

- f) Ausländischen Arbeitnehmern, die ihren Jahresurlaub zu Hause verbringen wollen, ist durchaus zuzubilligen, daß durch die oft langen An- und Rückreisezeiten die Erreichung des Erholungszwecks nicht immer gewährleistet ist. Andererseits kann den betroffenen Arbeitnehmern nicht verwehrt werden, den Erholungsurlaub bei ihren Familien im Heimatland zu verbringen. Diese besondere Situation unterscheidet sie gerade von deutschen Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Inland oder sogar in der Nähe des Arbeitsplatzes und begründet regelmäßig ein zusätzliches Erholungsbedürfnis. Dennoch ist die vom BAG bejahte analoge Anwendung des § 9 BurlG bei dieser Ausgangsposition rechtlich nicht zu vertreten.
- aa) Die Ursache des zusätzlichen Urlaubsbedürfnisses liegt nicht im Arbeitsverhältnis und damit im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers begründet. Zwar könnte dem entgegengehalten werden, daß Arbeitgeber, die ausländische Arbeitnehmer beschäftigen, deren besondere Situation kennen und ihr Rechnung tragen müssen. Das kann aber nicht dazu führen, daß Arbeitgeber für diese Situation verantwortlich gemacht werden. Ebenso nämlich wissen ausländische Arbeitnehmer, daß ihnen wie allen anderen Arbeitnehmern auch nur ein bestimmter, zeitlich beschränkter Jahresurlaub zusteht, der unter Umständen eine ausreichende Erholung dann nicht garantiert, wenn er im Heimatland verbracht wird. Wenn sie in Kenntnis dieser Umstände dennoch eine Arbeitsstelle im Ausland antreten, haben sie die damit verbundenen Schwierigkeiten bewußt in Kauf genommen. Sicherlich ist der Wunsch, den Urlaub bei der Familie, bei Freunden oder Bekannten im Heimatland zu verbringen, ein zu respektierendes Anliegen, das niemandem verwehrt werden kann, doch bleibt es Sache des Arbeitnehmers, dafür Sorge zu tragen, daß dieser Wunsch realisiert werden kann. Damit verbundene Risiken können aber nicht auf den Arbeitgeber abgewälzt werden.

Eine andere Beurteilung würde im übrigen dem Gebot der Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer widersprechen. Eine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung ausländischer Arbeitnehmer ist aus obigen Gründen nicht gegeben.

- bb) Nichts anderes würde gelten, wenn ein deutscher Arbeitnehmer den Erholungsurlaub für eine Auslandsreise in Anspruch nähme. Die möglicherweise lange und strapaziöse Reisezeit, zumal wenn die Fahrtstrecke mit dem Pkw zurückgelegt wird, läßt einen auf diese Weise verbrachten Urlaub mit dem eines Gastarbeiters vergleichbar erscheinen. Ein zusätzliches Urlaubsbedürfnis kann auch hier nicht anerkannt werden, weil seine Ursache im Persönlichkeitsbereich des Arbeitnehmers liegt.
- g) In den von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fällen waren Arbeitnehmer zufälligerweise immer während des dem Sonderurlaub vorangegangenen Erholungsurlaubs erkrankt. Die Frage, ob einem Arbeitnehmer, der nach Antritt des Sonderurlaubs erkrankt, Lohn- oder Gehaltsfortzahlung zu gewähren ist, wurde bisher höchststrichterlich nicht entschieden. Nach den oben dargestellten Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG kann es auf den Zeitpunkt der Erkrankung nicht ankommen. Da der bezahlte und der unbezahlte Urlaub durch die einheitliche Zweckbestimmung zu einem Gesamturlaub verbunden sind und dadurch als Einheit zu betrachten sind, wäre ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Erkrankung willkürlich und sachlich nicht zu rechtfertigen (53).

53) so auch zutreffend Harbeck, aaO

IV. Auswirkungen auf Krankengeldansprüche

1. Die Rechtsprechung des BSG folgt hinsichtlich des Anspruchs auf die Krankengeldzahlung weitgehend den für das Arbeitsrecht herausgestellten Grundsätzen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG (54).

Bedenken, die im Arbeitsrecht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entwickelten Rechtsbeziehungen für den Bereich der Sozialversicherung zu übernehmen, bestehen nicht, da Sozialversicherungsverhältnisse durch arbeitsrechtliche Beziehungen maßgebend bestimmt werden.

2. Für einen krankenversicherten Arbeitnehmer, der während des bezahlten Erholungsurlaubs, an den sich ein unbezahlter Sonderurlaub ebenfalls zu Erholungszwecken anschließen sollte, arbeitsunfähig krank wird, besteht damit ein Anspruch auf Krankengeld (55) entsprechend den oben entwickelten Grundsätzen.

Der Krankengeldanspruch wird jedoch - anders als vom BAG der arbeitsrechtliche Lohnfortzahlungsanspruch - von einem weiteren Kriterium abhängig gemacht: der unbezahlte Urlaub darf drei Wochen nicht überschreiten (56).

Der Grund dafür besteht darin, daß im Krankenversicherungsrecht der Anspruch auf Krankengeld von dem Weiterbestehen der Mitgliedschaft in der Krankenversicherung abhängig ist. Diese Mitgliedschaft besteht aber gemäss § 311 RVO bei fortbestehendem Arbeits-

54) BSG, Entscheidung vom 20.9.1974, Breithaupt 1975, 183

55) Dieser Anspruch ruht, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält.

56) BSGE Bd. 20, 154;
BSG v. 20.9.1972 im Breithaupt 1973, 94 und v. 20.9.74, aaO

verhältnis ohne Entgeltzahlung höchstens für drei Wochen weiter. Dementsprechend würde ein sich an einen bezahlten Urlaub anschließender Sonderurlaub von mehr als drei Wochen, auch wenn er Erholungszwecken dienen sollte, etwaige Krankengeldansprüche in Fortfall bringen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die von Harbeck (57) beklagte und sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung eines unbezahlten Urlaubs hinsichtlich der geschützten Höchstdauer überwunden, da ein dem Schutz des § 9 BUrlG unterliegender Sonderurlaub nie länger als drei Wochen dauern kann (58). Für einen länger währenden Sonderurlaub besteht weder ein arbeitsrechtlicher Lohnfortzahlungsanspruch noch ein sozialversicherungsrechtlicher Krankengeldanspruch.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Ein Lohnfortzahlungsanspruch bei Erkrankung während eines Sonderurlaubs besteht immer dann, wenn der Sonderurlaub aufgrund eines Rechtsanspruchs gewährt werden mußte, unabhängig davon, ob während des Sonderurlaubs ein Lohnanspruch bestand.
2. Bei einem zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbarten Sonderurlaub (ohne Rechtsanspruch) ist auch im Krankheitsfall kein Lohnfortzahlungsanspruch gegeben.
3. Bei Erkrankung eines der Erholung dienenden Sonderurlaubs, der im Anschluß an einen Erholungsurlaub gewährt wurde, kann ein Lohnfortzahlungsanspruch in Betracht kommen, wenn die im einzelnen aufge-

57) Harbeck, aaO

58) vgl. oben S. 120

zeigten Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG gegeben sind. Dies gilt im Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG grundsätzlich nicht für ausländische Arbeitnehmer, denen nur wegen der langen Reisezeit in ihre Heimatländer ein zusätzlicher Sonderurlaub gewährt wurde.

4. Für das Bestehen eines sozialversicherungsrechtlichen Krankengeldanspruchs sind diesselben Erwägungen maßgebend, die auch einen arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungsanspruch begründen.

Fünftes Kapitel

Sonderurlaub und Mitbestimmung des Betriebsrats

A. Allgemeines

Die bisher erörterten Fragen im Zusammenhang mit dem Sonderurlaub betrafen ausschließlich die individuellen Rechtsbeziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Die Untersuchung bot wiederholt Anlaß zu dem Hinweis, daß sich die soziale Bedeutung des Arbeitsverhältnisses nicht in der Erfüllung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten erschöpft. Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung zumeist in einem vom Arbeitgeber bereitgestellten Betrieb, einer durch arbeitstechnische Zwecke bedingten Ordnung. Diese vorgegebene Ordnung bestimmt sowohl den Inhalt der Arbeitspflicht als auch die äußeren Arbeitsbedingungen. Dementsprechend sah man es lange Zeit als selbstverständlich an, daß der Arbeitgeber für sich die alleinige Weisungs- und Organisationsbefugnis in seinem Betrieb beanspruchte.

Erst als die Wertung fremdbestimmter Arbeit zunehmend von sozialen Gesichtspunkten beeinflußt wurde, gewann die Idee einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer an der Gestaltung der betrieblichen Ordnung an Bedeutung. Die Anfänge dieser Bestrebungen reichen bis weit in das neunzehnte Jahrhundert zurück (1).

Den vorläufigen Abschluß dieser Entwicklung stellt das Betriebsverfassungsgesetz 1972 dar. Es erfüllt den Verfassungsauftrag, den das Grundgesetz stellt, wenn es die Bundesrepublik Deutschland in Artikel 20 Absatz 1 GG als einen sozialen Rechtsstaat bezeichnet. Zwar ist durch den Sozialstaatsgedanken nicht vorgeformt, wie die Mitbestimmung im Betrieb zu verwirklichen ist. Eine materielle Bindung besteht nur insoweit, als die in den Grundrechten

1) zur Geschichte der Betriebsverfassung, vgl. Teuteberg, Mitbestimmungsgeschichte, S. 94 ff.

anerkannten und vorausgesetzten Wertentscheidungen für die Gestaltung der sozialen Ordnung eine Zielbestimmung festlegen. Dazu gehört, "daß die Unterordnung des Arbeitnehmers unter fremde Leitungs- und Ordnungsgewalt im Unternehmen mit seiner Selbstbestimmtheit, der ihm rechtlich zuerkannten Möglichkeit, seine Zwecke selbst zu wählen und eigene Initiativen zu entfalten, nur so lange vereinbar ist, als sie ihre Entsprechung in Gestalt der Freiheit der Beteiligung an den Entscheidungen findet, die den Arbeitsprozeß regeln und gestalten" (2).

Dieser Zielsetzung versucht das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gerecht zu werden, indem es den Betriebsrat als Repräsentanten der Arbeitnehmerschaft Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte bei der Gestaltung der Ordnung und des Lebens im Betrieb einräumt (3).

2) Bericht der Mitbestimmungskommission, BT-Drucksache VI/334, S. 56

3) Dietz-Richardi, Vorbem. § 1 Rdn. 1

B. Sonderurlaub als soziale Angelegenheit gemäß § 87 BetrVG

Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats sind auf einzelne, katalogartig gestaltete Tatbestände beschränkt. Bei der Gewährung von Sonderurlaub könnte sich ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Absatz 1 Ziff. 5 ergeben. Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird.

I. Der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Ziff. 5 BetrVG

Ungeklärt ist bisher die Frage, ob § 87 Absatz 1 Ziff. 5 neben dem Erholungsurlaub auch die Fälle des Sonderurlaubs betrifft.

1. Während vereinzelte Kommentarstimmen nicht nur den Erholungsurlaub i. S. des § 1 BUrlG, sondern jeden Urlaub der Mitbestimmung des Betriebsrats unterwerfen wollen (4), beschränken andere die Anwendbarkeit des § 87 Absatz 1 Ziff. 5 auf den Erholungsurlaub und den Bildungsurlaub (5). Das BAG hat in der einzigen zu dieser Frage vorliegenden Entscheidung (6) eine zwischen dem Arbeitgeber und Gastarbeitern getroffene Vereinbarung über unbezahlten Sonderurlaub als allgemeine Urlaubsgrundsätze i. S. des § 87 Absatz 1 Ziff. 5 und damit als mitbestimmungspflichtig angesehen, wenn der unbezahlte Sonderurlaub in unmittelbarem Zusammenhang

4) Fitting- Auffarth-Kaiser, § 87 Anm. 32
Sahmer, § 87 Anm. 12

5) Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 211
Galpering-Siebert, § 56 Anm. 40 a

6) BAG, Beschluß v. 18.6.74 in AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 72 Urlaub
= SAE 1976, 9 mit abl. Anm. W. Blomeyer

mit dem bezahlten Urlaub gewährt werden soll.

2. Mit Hilfe des Gesetzeswortlauts des § 87 Absatz 1 Ziff. 5 kann die Frage, ob neben dem Erholungsurlaub auch andere Urlaubsarten betroffen sind, nicht geklärt werden. Zwar beschränkt sich der Wortlaut des Gesetzes nicht auf den Erholungsurlaub, aber seine Konzeption zielt in erster Linie auf ihn. Dies geht vor allem aus dem Begriff des Urlaubsplan hervor (7). Aber auch die 1972 eingefügte Regelung für die zeitliche Lage des individuellen Urlaubs im Falle des Streits zeigt die Richtigkeit dieser Annahme.

Damit wäre indes eine Beschränkung des Gesetzes auf den Erholungsurlaub nicht gerechtfertigt. Obgleich in der arbeitsrechtlichen Diktion die Begriffe Urlaub und Erholungsurlaub (8) überwiegend synonym verwendet werden, ist wegen der Vielschichtigkeit des Begriffs Urlaub eine einheitliche und abschließende Definition mit normativer Wirkung nicht möglich (9).

3. Der Erholungsurlaub als "Normalfall" des § 87 Absatz 1 Ziff. 5 ist wegen seiner eindeutigen Zweckbestimmung einer einheitlichen Betrachtungsweise zugänglich. Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen sind durch normative Regelungen vorbestimmt. Der Begriff des Sonderurlaubs hingegen erfüllt nur die Funktion einer Sammelbezeichnung für Freistellungen des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht, bei der Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen eige-

7) dazu gehört unbestrittenermaßen die Aufstellung genereller Richtlinien, nach denen der Arbeitgeber die Urlaubserteilung für die Arbeitnehmer individuell vorzunehmen hat, vgl. BAG AP Nr. 15 und 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht Boldt-Röhsler, § 7 Anm. 32 Stahlhacke, § 7 Anm. 33 Nikisch, Bd. I, § 39 II 4 und Bd. III § 113 III 2

8) vgl. hierzu oben S. 2

9) so zutreffend W. Blomeyer, aaO, Fn. 6

nen und zudem uneinheitlichen Gesetzmäßigkeiten unterliegen (10). Die Frage der Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Ziff. 5 auf einen Sonderurlaub läßt sich deshalb nicht generell beantworten. Der Mitbestimmung des Betriebsrats kann ein Sonderurlaub nur unterliegen, wenn dies im Hinblick auf einzelne Teilfragen mit der ratio des Gesetzes vereinbar ist.

II. Der auf Grund eines Rechtsanspruchs gewährte Sonderurlaub

Der Sonderurlaub, den der Arbeitgeber aufgrund eines bestehenden Rechtsanspruchs gewähren muß, unterliegt in keiner Hinsicht der Mitbestimmung.

Für Freistellungen, die in Tarifverträgen abschließend geregelt sind, folgt dies bereits daraus, daß eine Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 nur Platz greift, soweit gesetzliche oder tarifliche Regelungen nicht bestehen.

Auch wenn diese Schranke des Gesetzes - oder Tarifvorbehalts nicht eingreift, und der Freistellungsanspruch auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruht, kommt eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Frage, ob einem Arbeitnehmer Sonderurlaub gewährt werden muß, nicht in Betracht. Das ist die selbstverständliche Folge des Grundgedankens der Mitbestimmung, die eine Mitgestaltung der Arbeitsbedingungen durch die Arbeitnehmerschaft gewährleisten soll, nicht aber das Bestehen individueller Rechtsansprüche tangieren will. Man könnte daran denken, wenigstens die Bestimmung der Dauer und zeitlichen Lage des Sonderurlaubs im Einzelfall der Mitbestimmung zu unterwerfen. Dabei würde aber übersehen, daß im Gegensatz zum Erholungsurlaub Zeitpunkt und Dauer der Freistellung durch den konkreten Anlaß vorgegeben und mit dem Anspruch selbst untrennbar verbunden sind. Eine nach dem Wortlaut der Nummer 5

10) vgl. hierzu oben S. 3

denkbare Mitbestimmung bei der zeitlichen Lage eines solchen Sonderurlaubs würde schon deshalb der ratio legis zuwider dazu führen, daß der Betriebsrat das Bestehen oder Nichtbestehen eines Freistellungsanspruchs entscheidend beeinflussen könnte.

III. Der vertraglich vereinbarte Sonderurlaub

Die Problematik der Mitbestimmung bei einem Sonderurlaub konzentriert sich somit ausschließlich auf den vertraglich vereinbarten Sonderurlaub. Mit dieser ersten Eingrenzung ist die Frage eines Mitbestimmungsrechts indes noch nicht geklärt.

1. Sonderurlaub als Kollektiv- oder Individualmaßnahme

Nach der von Rechtsprechung und herrschender Lehre im Schrifttum vertretenen Ansicht, bezieht sich die Mitbestimmung nicht auf Individual-, sondern nur auf Kollektivmaßnahmen. Die Beteiligung des Betriebsrats soll sich nicht auf Fälle erstrecken, "bei denen es sich nur um die Gestaltung eines oder mehrerer konkreter Arbeitsverhältnisse handelt und bei denen besondere, nur den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände die Maßnahme veranlassen oder inhaltlich bestimmen" (11).

Abgestellt wird vielmehr darauf, daß "ein Regelungsbedürfnis besteht, d. h. eine nicht nur auf Einzelfälle beschränkte, sondern eine größere Zahl von Arbeitnehmern berührende Situation eintritt, die eine generelle Ordnung erheischt" (12). Unterschiedlich sind

11) BAG AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952
AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG 1952 Entlohnung
Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Anm. 5
Erdmann-Jürging-Kammann, § 87 Anm. 17

12) BAG AP Nr. 5 zu § 56 BetrVG 1952

die Kriterien, die zur Abgrenzung von Kollektiv- und Einzelregelungen herangezogen werden. Das BAG hält ein nur quantitativ bestimmtes Kollektiv für ausreichend (13). Überwiegend wird aber darauf abgestellt, ob es sich um eine abstrakt abgegrenzte Gruppe handelt. Dabei komme es nicht auf die Formulierung an, ob die Gruppe abstrakt oder durch Aufzählung der einzelnen Arbeitnehmer umschrieben ist, sondern, ob tatsächlich eine nach sachlichen Gesichtspunkten umschriebene Gruppe betroffen wird und betroffen werden soll (14).

Nach der Konzeption des § 87 Abs. 1 Ziff. 5 beschränkt sich die Mitbestimmung auf die Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans, sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer. Für die Bestimmung des Begriffs "allgemeine Urlaubsgrundsätze" (15) können die Kriterien herangezogen werden, die auch zur Abgrenzung von Kollektiv- und Einzelregelungen benutzt werden, wobei dahinstehen kann, ob den quantitativen Kriterien des BAG oder das Merkmal der nach sachlichen Gesichtspunkten umschriebenen Gruppe der Vorzug zu geben ist (16). Jedenfalls legt der Begriff allgemeine Urlaubsgrundsätze den Schluß nahe, dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nur dann zuzubilligen, wenn die Erteilung von Sonderurlaub in Form einer kollektiven Maßnahme geregelt werden soll. Ein Mit-

13) wie Fn. 12, mit ablehender Anm. v. Dietz = SAE 1969, 171 (181) mit abl. Anm. v. Richardi

14) Dietz, § 56 Anm. 19 - 21; Maus, § 56 Anm. 12; Nikisch, Bd. III, S. 368; Wiese, § 87 Rdn. 27; Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 27

15) darunter sind Richtlinien zu verstehen, nach denen dem einzelnen Arbeitnehmer vom Arbeitgeber im Einzelfall Urlaub zu gewähren ist, vgl. BAG, Beschluß v. 18.6.1974, aaO, Fn. 6

16) W. Blomeyer, aaO, Fn. 6

bestimmungsrecht wäre hingegen zu verneinen, wenn der Sonderurlaub nicht in allgemeinen Grundsätzen geregelt, sondern von Fall zu Fall zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart wird.

Diesen Weg hat offensichtlich auch das BAG beschritten, als es die zwischen dem Arbeitgeber und Angehörigen einer Arbeitnehmergruppe (Gastarbeitern) getroffenen Vereinbarung über unbezahlten Sonderurlaub als allgemeine Urlaubsgrundsätze i. S. des § 87 Abs. 1 Ziff. 5 und damit mitbestimmungspflichtig angesehen hat (17). Dieser Ansicht könnte zugestimmt werden, wenn mit der Qualifizierung der Regelung als allgemeiner Grundsatz die prinzipielle Frage nach der Anwendbarkeit der Nummer 5 auf den Sonderurlaub beantwortet wäre. Dem BAG genügte die Feststellung, daß der unbezahlte Sonderurlaub "in unmittelbarem Zusammenhang mit dem bezahlten Erholungsurlaub stehen müsse". Es wurde aber nicht geprüft, ob es auf diesen Zusammenhang überhaupt ankommen kann. Letztlich ist dies eine Frage der ratio des § 87 Abs. 1 Ziff. 5.

Die Qualifizierung des Sonderurlaubs - Regelung als allgemeiner Grundsatz rechtfertigt die Anwendung der Nummer 5 auf den Sonderurlaub noch nicht. Die Beschränkung der Mitbestimmung auf kollektive Maßnahmen ist kein spezifisches Problem der Nummer 5, sondern ist für den gesamten Katalog des § 87 Abs. 1 relevant.

Die entscheidende Frage läßt sich nur mittels einer Differenzierung entsprechend den mit einem Sonderurlaub auftretenden Einzelfragen beantworten (18). Hier interessiert vor allem die Frage, ob dem Arbeitnehmer Sonderurlaub gewährt werden soll, sowie die Festlegung der Dauer und der zeitlichen Lage des Sonderurlaubs.

17) BAG, aaO, Fn. 6

18) so zutreffend W. Blomeyer, aaO, Fn. 6

2. Mitbestimmung bei der Frage, ob dem Arbeitnehmer ein Sonderurlaub gewährt werden soll.
- a) Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 87 Abs. 1 Ziff. 5 nicht auf die Frage, ob der Arbeitnehmer Urlaub erhalten soll. Das entspricht auch offensichtlich den Vorstellungen des Gesetzgebers. Das BetrVG 1952 bezog in § 56 Abs. 1 unter Lit. c nur die Aufstellung des "Urlaubsplans" in die Mitbestimmung ein. Darunter wurde allgemein die Reihung der individuellen Urlaubszeiten verstanden (19). Das BetrVG 1972 hat gegenüber der alten gesetzlichen Regelung in der Sache keine Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts bewirkt. Zwar hat es den Urlaubsplan übernommen und die "allgemeinen Urlaubsgrundsätze" hinzugefügt (20), aber nach überwiegender Kommentierung waren die allgemeinen Grundsätze durch den Begriff des Urlaubsplans abgedeckt (21). Daraus wird deutlich, daß sich das Gesetz nach den Vorstellungen des Gesetzgebers am Typus des Erholungsurlaubs orientiert. Die Frage des "ob" braucht deshalb nicht mit in die Mitbestimmungsregelung einbezogen werden, weil insoweit das BUrlG und die maßgeblichen Tarifvertragsbestimmungen Regelungen enthalten.
- b) Von diesem "Normalfall" ausgehend kann noch nicht ohne weiteres die hier gestellte Frage eines Mitbestimmungsrechts bei der Gewährung unbezahlten Sonderurlaubs verneint werden.

- 19) Neumann-Duesberg, S. 478
Galperin-Siebert, § 56, Rdn. 37
Dietz, § 56 Rdn. 116
Zöllner, DB 1957, 51f
BAG AP Nr. 15 zu § 116 BGB Urlaubsrecht
- 20) in der Meinung, dadurch über das geltende Recht hinaus zu gehen, vgl. BR-Drucksache 715/70 S. 48
- 21) vgl. Wiese, § 87 Rdn. 92 m.w.N.

Für ihn bestehen keine normativen Regelungen, weshalb sich eine Vereinbarung über die Entstehung der Sonderurlaubsansprüche in Form allgemeiner Grundsätze geradezu anbietet. Eine Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts hierauf würde der ratio legis nicht unbedingt widersprechen (22).

Das Mitbestimmungsrecht soll im Interesse aller Arbeitnehmer den Ausgleich der Urlaubswünsche sichern (23). Es konkretisiert mithin die in § 75 Abs. 1 BetrVG statuierte Pflicht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im Rahmen der Billigkeit (24). Nach ständiger Rechtsprechung des BAG wird der Grundsatz der Gleichbehandlung zusammenfassend dahingehend ausgelegt, daß dem Arbeitgeber eine Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern verboten ist, soweit dies nicht sachlich gerechtfertigt ist (25). Diese ratio darf bei der Aufstellung allgemeiner Grundsätze über die Erteilung unbezahlten Sonderurlaubs nicht unberücksichtigt bleiben und ist deshalb eher geeignet ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu begründen als auszuschließen.

- c) Die Lösung der Frage liegt mithin nicht in der ratio legis, sondern in Grenzen und Umfang des Mitbestimmungsrechts begründet.

Der Katalog des § 87 Abs. 1 umfaßt zu unterschiedliche Materien, als daß aus ihm ein übergeordnetes Prinzip entnommen werden könnte. Gleichwohl hat das BAG zu § 56 BetrVG 1952 den Rechtssatz entwickelt und allmählich auf alle

22) aA: W. Blomeyer, aaO, Fn. 6

23) wie Fn. 6

24) insoweit zutreffend W. Blomeyer, aaO, Fn. 6

25) BAG v. 9.11.1974 in EzA 9 zu § 242 BGB Gleichbehandlung

Punkte des Abs. 1 erstreckt, ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bestehe nur für formelle, nicht aber für materielle Arbeitsbedingungen (26).

Unter formellen Arbeitsbedingungen verstand das BAG solche, die keinen unmittelbaren Einfluß auf den Umfang der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und der Arbeitsvergütung des Arbeitnehmers haben.

Mit der Vereinbarung eines unbezahlten Sonderurlaubs suspendieren die Vertragspartner ihre gegenseitigen Hauptleistungspflichten auf Arbeitsleistung und auf Zahlung des Entgelts (27). Die Vereinbarung greift damit unmittelbar in das Synallagma des Arbeitsverhältnisses ein.

Wer den Anwendungsbereich des § 87 BetrVG nach wie vor grundsätzlich auf die Regelung formeller Arbeitsbedingungen beschränkt (28), kann damit die Frage, ob dem Arbeitnehmer ein unbezahlter Sonderurlaub gewährt werden soll, nicht der Mitbestimmung unterwerfen. Überwiegend wird in der Literatur die Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen für überholt erklärt, weil der Mitbestimmungskatalog des § 87 jetzt materielle Arbeitsbedingungen ausdrücklich enthält (29).

- 26) BAG AP Nr. 3 zu 6 zu § 56 BetrVG 1952 Wohlfahrtseinrichtung
AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952 Entlohnung
AP Nr. 1 und 2 zu § 56 BetrVG 1952 Arbeitszeit
AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG 1952 Akkord

27) Stiller, S 22, S. 169

28) Erdmann-Jürging-Kammann, § 87 Rdn. 7 ff unter Berufung auf verfassungsrechtliche Gründe

29) vgl. z. B. Löwisch, DB 1973, 1746 f; Hanau, RdA 1973, 281 f
Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 280

Wer dieser Ansicht folgt, muß den Katalog im einzelnen daraufhin überprüfen, ob sich das konkrete Mitbestimmungsrecht auch auf die Modifizierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten bezieht. Wenn in diesem Zusammenhang auch noch Einzelfragen streitig sind (30), so besteht überwiegend Einigkeit darin, daß der Bestimmung nur unterliegt, nach welchen Grundsätzen und Verfahren die Leistungen des Arbeitgebers bestimmt werden, nicht aber, welche Leistungen der Arbeitgeber zu erbringen hat. Auch das BAG hat in seinen Entscheidungen zur Mitbestimmung bei unmittelbaren Versorgungszusagen für eine betriebliche Altersversorgung die Fragen, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber finanzielle Mittel bereitstellt, ausdrücklich für mitbestimmungsfrei erklärt (31).

Die Vereinbarung eines Sonderurlaubs hat zum Inhalt nicht nur die Regelung, nach welchen Grundsätzen eine Modifizierung der Hauptleistungspflichten erfolgen soll. Vielmehr suspendiert die Vereinbarung die Hauptleistungspflichten und führt damit unmittelbar zu ihrem vorübergehenden Wegfall. Zutreffend weist W. Blomeyer (32) deswegen darauf hin, daß die Vereinbarung eines Sonderurlaubs der Kündigung und damit dem Typus der personellen Maßnahme nähersteht als etwa der Ausübung des arbeitgeberischen Weisungsrechts, d. h. dem Typus der sozialen Maßnahme.

Es kann demnach festgehalten werden, daß die Frage, ob einem Arbeitnehmer unbezahlter Sonderurlaub gewährt werden soll, der Mitbestimmung nicht unterliegt und zwar auch dann nicht,

30) so z. B. bei der Regelung der Arbeitszeit gem. Nr. 3, vgl. hierzu Farthmann, RdA 1974, 66 und des Arbeitsentgelts gem. Nr. 30, hierzu etwa Gester und Isenhardt, RdA 1974, 83

31) BAG v. 12.6.1975 in DB 1975, 1224

32) aaO

wenn der Arbeitgeber dafür allgemeine Grundsätze aufstellt.

3. Mitbestimmung bei der Festlegung der Dauer des Sonderurlaubs

Es entspricht der ganz herrschenden Meinung, daß die in Nummer 5 genannten allgemeinen Urlaubsgrundsätze nicht die Urlaubsdauer betreffen können (33). Ebenso wie die Frage des "Ob" ist auch die Dauer des Erholungsurlaubs, an dem sich das Gesetz nach den Vorstellungen des Gesetzgebers orientiert (34), im BUrlG und den maßgeblichen Tarifvertragsbestimmungen geregelt. Auch eine bestimmte Dauer des Urlaubs wird also vorausgesetzt und dann nicht in die Mitbestimmung einbezogen. Für die Verneinung eines Mitbestimmungsrechts bei einer Festlegung der Dauer eines Sonderurlaubs wäre diese Begründung untauglich, da normative Regelungen nicht bestehen. Dennoch muß man - obgleich mit einer anderen Begründung - auch für den Sonderurlaub zum selben Ergebnis kommen.

Die Regelung der Entstehung des Anspruchs läßt sich nicht von der Bestimmung der Urlaubsdauer trennen. Beide bilden objektiv eine Einheit. Das wird besonders dann deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Pflicht zur Arbeitsleistung täglich neu entsteht, also im Prinzip nicht generell, sondern für jeden Arbeitstag einzeln suspendiert werden muß (35). Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Dauer des Sonderurlaubs würde sich deshalb ohne weiteres auch auf die Entstehung erstrecken.

33) Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 209
Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87 Rdn. 35
Erdmann-Jürging-Kammann, § 87 Rdn. 62
Wiese, § 87 Rdn. 94
Brecht, § 87 Rdn. 19

34) vgl. oben S. 130

35) so zutreffend W. Blomeyer, aaO, Fn. 6

4. Mitbestimmung bei der Festlegung der zeitlichen Lage des Sonderurlaubs

Zu untersuchen bleibt nunmehr noch ein eventuelles Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung der zeitlichen Lage des Sonderurlaubs.

- a) Nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Ziff. 5 besteht ein Mitbestimmungsrecht bei der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird. Seine Rechtfertigung findet diese Mitbestimmungsregelung in der Notwendigkeit eines Ausgleichs der beim Erholungsurlaub denkbaren dreischichtigen Interessenkonstellation. Im Gegensatz zum Urlaubsanspruch und der Urlaubsdauer ist die zeitliche Lage des Urlaubs normativ nicht vorbestimmt. § 7 Abs. 1 BUrlG bestimmt lediglich, daß der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat, es sei denn, daß ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.

Erforderlich ist also zum einen eine Abwägung des Arbeitnehmer-Interesses mit dem betrieblichen Interesse und zum andern ein Interessenausgleich innerhalb der Arbeitnehmerschaft. An dieser doppelten Abwägung soll der Betriebsrat nach dem Willen des Gesetzgebers beteiligt werden, aber nur dann, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird.

Diese ratio trifft auf jede Art von Urlaub zu, soweit sein

Anspruch normativ geregelt ist (36). Eine Einigung muß erzielt werden, weil durch einen Streit über die zeitliche Lage das Bestehen des Anspruchs selbst nicht zu beeinträchtigen ist.

- b) Anders hingegen stellt sich die Ausgangssituation beim unbezahlten Sonderurlaub dar. Ein Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist hier nicht denkbar. Da der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf unbezahlten Sonderurlaub hat, findet ein Interessenausgleich bereits bei der Frage über das "Ob" des Sonderurlaubs statt. Wenn der Arbeitnehmer eine zeitliche Lage wünscht, die mit dem Interesse des Arbeitgebers kollidiert, wird es gar nicht erst zu einer Vereinbarung über den Urlaub kommen. Können sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber dagegen über die zeitliche Lage des Sonderurlaubs verständigen, kommt eine Mitbestimmung nicht in Betracht, da die einverständliche Regelung eine immanente Schranke des Mitbestimmungsrechts darstellt (37). Es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob die Vereinbarung eines Sonderurlaubs zu einer Interessenkollision innerhalb der Arbeitnehmerschaft führen kann (38).
- c) Für die Ansicht des BAG, der Sonderurlaub unterliege der Mitbestimmung dann, wenn er in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erholungsurlaub gewährt wird, bleibt damit kein Raum. Der Erholungsurlaub bildet mit dem Sonderurlaub nur faktischen

36) deshalb auch auf den sog. Bildungsurlaub, der in einigen Tarifverträgen vorgesehen ist.

37) Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 196

38) in der Regel wird eine Interessenkollision innerhalb der Arbeitnehmerschaft nicht auftreten; so auch W. Blomeyer, aaO, mit zutreffender Begründung

eine Einheit. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, daß die Verknüpfung beider Urlaubsarten zu einer faktischen Einheit für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nicht ohne Folgen bleiben kann. Durch das dem Betriebsrat im Rahmen der Nummer 5 zustehende Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung des Urlaubsplans für den Erholungsurlaub wird auch indirekt die Bestimmung der zeitlichen Lage des Sonderurlaubs miterfaßt. Das ist aber die zwangsläufige Folge der faktischen Verknüpfung beider Urlaubsarten und nicht die Folge eines bestehenden Mitbestimmungsrechts.

- d) Abschließend darf noch angemerkt werden, daß mit der gänzlichen Freistellung des Sonderurlaubs von der Mitbestimmung des Betriebsrats letztlich den Interessen aller Arbeitnehmer gedient ist. Denn das Mitbestimmungsrecht würde sich bei der Aufstellung allgemeiner Grundsätze über die zeitliche Lage des Sonderurlaubs zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers auswirken. Infolge der engen Verknüpfung der Gewährung des Urlaubs mit der Festlegung seiner zeitlichen Lage besteht die Gefahr, daß mancher Wunsch eines Arbeitnehmers nach Sonderurlaub abgelehnt werden muß, weil sich der gewünschte Zeitpunkt nicht mit der allgemeinen Regelung vereinbaren läßt. Das würde aber im Ergebnis zu einer Beschränkung der individuellen Vertragsfreiheit führen und der dogmatischen Konzeption des Mitbestimmungsrechts widersprechen (39).

39) Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 60 m.w.N.

C. Sonderurlaub als personelle Angelegenheit gemäß §§ 95, '99 BetrVG

Die Vereinbarung eines unbezahlten Sonderurlaubs bewirkt die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten. Sie entspricht daher - wie oben (40) bereits erwähnt - eher dem Typus der personellen als dem der sozialen Maßnahme. Es wäre denkbar, die Vereinbarung eines Sonderurlaubs deshalb der personellen Mitbestimmung nach § 99 BetrVG und, soweit es sich um allgemeine Richtlinien handelt, der Mitbestimmung nach § 95 BetrVG zu unterwerfen.

I. Mitbestimmung nach § 99 BetrVG

Nach der Vorschrift des § 99 hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten und seine Zustimmung zu der geplanten Maßnahme einzuholen. Die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten wird im Gesetz nicht erwähnt. Sie könnte der Mitbestimmung deshalb nur unterworfen werden, wenn eine analoge Anwendung des § 95 gerechtfertigt wäre.

Nach ganz herrschender Meinung haben die Mitbestimmungs-Tatbestände erschöpfenden Charakter (41). Dies schließt indessen eine Analogie nicht prinzipiell aus, weil dadurch der gesetzliche Tatbestand nicht erweitert wird. Es wird nur die für einen Tatbestand oder für mehrere untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebene Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm ähnlichen Tatbestand übertragen (42). Ähnlich sind Tatbestände dann, wenn sie in den für die gesetzliche Wertung maßgebenden Hinsichten gleich zu bewerten sind (43).

40) oben S. 138

41) statt anderer: Dietz-Richardi, § 99 Rdn. 137

42) Larenz, Methodenlehre, S. 366

43) vgl. hierzu bereits oben S. 114

Von ihrem sachlichen Gehalt her kann die Suspendierung keiner der in § 95 aufgeführten Maßnahmen ähnlich sein. Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen sind typischerweise auf die Herstellung eines endgültigen Zustandes gerichtet. Die Suspendierung dagegen hat nur vorübergehenden Charakter und beeinflusst nicht den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses. Mit Ablauf der Suspendierung wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, ohne daß eine Neube-gründung erforderlich wäre. Für die in § 99 BetrVG zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung ist aber die Endgültigkeit der geplanten Maßnahme ein entscheidendes Kriterium. Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt. Das Gesetz unterstellt die Maßnahmen der Mitbestimmung, teils im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer, teils im Interesse aller Arbeitnehmer (44). Die Gewährung von Sonderurlaub und die damit verbundene Suspendierung des Arbeitsverhältnisses dient hingegen ausschließlich dem Interesse des betroffenen Arbeitnehmers. Auch bei Ablehnung des beantragten Sonderurlaubs werden seine rechtlich geschützten Interessen nicht beeinträchtigt, weil ein Rechtsanspruch auf unbezahlten Sonderurlaub nicht besteht. Eine Beeinträchtigung der Interessen der übrigen Arbeitnehmer steht ebenfalls nicht zu befürchten, da sie durch die Suspendierung einzelner Arbeitnehmer keine Nachteile erleiden.

Eine Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts des § 99 auf den Sonderurlaub im Wege der Analogie ist damit nicht gerechtfertigt.

44) das geht aus dem Katalog der Widerspruchsgründe in § 99 Abs. 2 BetrVG hervor

II. Mitbestimmung bei der Aufstellung von Richtlinien gemäß: § 95 BetrVG

§ 95 spricht dem Betriebsrat die Richtlinienkompetenz bei personellen Angelegenheiten zu. Diese Vorschrift kann nur im Zusammenhang mit § 99 gesehen werden (45). Sie gibt zwar dem Betriebsrat über § 99 hinaus eine Einflußmöglichkeit auf die Personalpolitik des Betriebes oder des Unternehmens, sie erweitert aber nicht den durch § 99 vorgezeichneten Bereich der personellen Maßnahme. Damit scheidet auch eine Analogie des § 95 BetrVG aus.

D. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Die Gewährung von Sonderurlaub unterliegt weder gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 5 noch unter dem Aspekt der personellen Maßnahme der Mitbestimmung des Betriebsrats.
2. Dies gilt sowohl für den aufgrund eines Rechtsanspruchs gewährten als auch für den vertraglich vereinbarten Sonderurlaub.

45) vgl. Brecht, § 95 Rdn. 2

Gesamtergebnis

Das Ergebnis der Untersuchung, die sich notwendigerweise auf einige ausgewählte Grundprobleme im Zusammenhang mit dem arbeitsrechtlichen Sonderurlaub beschränken mußte, stellt sich zusammengefaßt dar wie folgt:

1. Ein Rechtsanspruch auf Sonderurlaub ist aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableitbar, wenn
 - a) der Arbeitnehmer ein entsprechendes, notwendiges Bedürfnis nachweisen kann. Ein solches ist dann zu bejahen, wenn ihm durch das Festhalten an der Arbeitspflicht ein schwerwiegender Nachteil droht, der für ihn nicht vorhersehbar war, und er deshalb nur mit Hilfe von Sonderurlaub in der Lage ist, die eingetretene Konfliktsituation zu bewältigen.
 - b) das Interesse des Arbeitnehmers an der Freistellung höherrangiger als das entgegenstehende (betriebliche) Interesse des Arbeitgebers zu bewerten ist.
2. Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht während eines Sonderurlaubs nur im Rahmen des § 616 Abs. 1 BGB, wenn diese Vorschrift nicht in einem einschlägigen Tarifvertrag abbedungen und durch eine abschließende tarifliche Regelung ersetzt ist.
3. Die Arbeitsbefreiung tritt ein, wenn der Arbeitgeber dem - begründeten - Antrag des Arbeitnehmers stattgegeben hat. Sie dauert grundsätzlich solange, als sie zeitlich festgelegt wurde. Bei Wegfall der Anspruchsvoraussetzungen vor Ablauf der vereinbarten Freistellungszeit hat der Arbeitnehmer an die Arbeit zurückzukehren.
4. Verweigert der Arbeitgeber den Sonderurlaub, muß der Arbeitnehmer sei-

nen Anspruch vor dem Arbeitsgericht im Wege der Leistungsklage geltend machen.

In Eilfällen ist eine einstweilige Verfügung zulässig.

5. Ein "Selbstbeurlaubungsrecht" steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zu. Eigenmächtiges Fernbleiben von der Arbeit stellt ebenso eine Vertragsverletzung dar wie die ungerechtfertigte Verweigerung des Sonderurlaubs.
6. Die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers wird während eines kurzfristigen Sonderurlaubs nie unterbrochen. Ein längerfristiger Sonderurlaub kann auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit nur dann Einfluß nehmen, wenn eine Vorschrift - wie z. B. § 8 BetrVG - die Rechtsfolge allein an die Dauer der objektiv erbrachten Arbeitsleistung knüpft.
7. Einen bestehenden Anspruch auf eine Anwesenheitsprämie verliert der Arbeitnehmer wegen eines Sonderurlaubs dann nicht, wenn ihm dieser bei gleichzeitiger Lohnfortzahlung wegen eines Rechtsanspruchs gewährt werden mußte.
8. Bei Erkrankung während eines Sonderurlaubs besteht ein Lohnfortzahlungsanspruch immer dann, wenn der Sonderurlaub aufgrund eines Rechtsanspruchs gewährt werden mußte, unabhängig davon, ob während des Sonderurlaubs ein Lohnanspruch bestand.
9. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Gewährung von Sonderurlaub besteht weder gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG noch unter dem Aspekt der personellen Maßnahme.

Lebenslauf

Als Sohn des Polizeibeamten Willibald Spies und seiner Ehefrau Margarete, geb. Beer wurde ich, Rudolf Spies, am 1. Juni 1949 in Amberg geboren.

Ich besuchte die Volksschule und anschließend das Gregor-Mendel Gymnasium in Amberg bis zum Abitur im Jahr 1969. Anschließend leistete ich den Grundwehrdienst ab.

Im Wintersemester 1970/71 begann ich an der Universität Regensburg das Studium der Rechtswissenschaft, das ich ab dem Wintersemester 1971/72 an der Universität Erlangen-Nürnberg fortsetzte und im Termin I/1975 mit der 1. juristischen Staatsprüfung abschloß. Nach dem Vorbereitungsdienst legte ich im Termin II/1977 in Nürnberg die 2. juristische Staatsprüfung ab.

Seit Mai 1978 bin ich in Nürnberg als Rechtsanwalt tätig.

Copy - Center 2000

852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197